

Lojalitetsrabatter

En konkurranserettslig fremstilling av et dominerende foretak sitt bruk av lojalitetsrabatter, sett i forhold til forbudet mot misbruk av dominerende stilling i TFEU artikkel 102.

Kandidatnummer: 711

Leveringsfrist: 25.november 2012

Antall ord: 16 544



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Avhandlingens tema og problemstilling	1
2	RABATTER OG RABATTSYSTEMER	3
2.1	Rabatter og rabattkonkurranse	3
2.2	Lojalitetsrabatter	6
2.3	Positive og negative virkninger av lojalitetsrabatter på konkurransen	8
2.3.1	Lojalitetsrabatters negative virkninger	8
2.3.2	Lojalitetsrabatters positive virkninger	10
3	LOVLIG RABATTKONKURRANSE	14
4	DOMSTOLENES VURDERING AV LOJALITETSRABATTER.....	18
4.1	Hvordan identifisere rabatter som lojalitetsskapende?	19
4.1.1	Referanseperiodens lengde	21
4.1.2	Rabattens størrelse og terskelen for å oppnå rabatt	23
4.1.3	Kundens frihet til å velge leverandør	27
4.1.4	Andre forhold	29
4.2	Lojalitetsrabattenes virkning på konkurransen	31
4.2.1	Negativ virkning på konkurransen	31
4.2.2	Norsk praksis	39
4.3	Kommisjonens retningslinjer	41
4.3.1	Rettskildeverdien av Kommisjonens retningslinjer.....	41
4.3.2	Innholdet i Kommisjonens retningslinjer	44
5	DISKRIMINERENDE RABATTER	48
6	OBJEKTIV BEGRUNNELSE.....	51

6.1	Effektivitetsgevinster	53
6.2	Motytelse for tjenesteytelser	56
6.3	Kontant betaling.....	57
6.4	Krav til proporsjonalitet.....	57
7	AVSLUTNING.....	61
8	LITTERATURLISTE	63

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema og problemstilling

Rabatter er et viktig konkurranseparameter, og kan ha både positive og negative virkninger på markedet. Oppgaven gir en fremstilling av lojalitetsrabatter i et EU-rettslig perspektiv. Fremstillingen tar for seg fellesskapsdomstolenes fremgangsmåte for å analysere og avgjøre om slike rabatter er i strid med forbudet mot misbruk av dominerende stilling i TFEU¹ artikkel 102. Hovedspørsmålet er om lojalitetsrabatter innebærer et misbruk i seg selv, eller om det må foretas en nærmere vurdering av virkningene en slik rabatt har på markedet.

Konkurranseretten har til formål å beskytte markedsstrukturen mot kunstige forvrengninger, samt beskytte forbrukernes interesser på kort og lang sikt. Det er derfor en streng kontroll med foretakenes bruk av slike rabatter i praksis, særlig de foretakene som har en dominerende markedsstilling. Det er behov for å regulere dominerende foretaks handlinger fordi disse foretakene har markedsrett som gjør det mulig for dem å opptre uavhengig av både kunder og sine konkurrenter, og med det i stand til å hindre at det opprettholdes en effektiv konkurranse.²

Det er ikke forbudt å være dominerende på markedet som sådan, men det er forbudt å utnytte denne stillingen på en utilbørlig måte, jf. TFEU artikkel 102. Lojalitetsrabatter kan være et eksempel på slik utilbørlig utnyttelse av markedsrett. En vurdering av lojalitetsrabbattenes lovlighet i forhold til TFEU artikkel 102 er et aktuelt tema, da bruken av slike rabatter er utbredt i praksis.

¹ Treaty on the Functioning of the European Union. Traktaten er ikke oversatt til norsk, og derfor brukes den alminnelige engelske forkortelsen (TFEU).

² Sak 322/81 Michelin I [1983], premiss 30.

Fra et norsk synspunkt finnes det tre parallelle forbud mot misbruk av dominerende stilling. Selv om min oppgave tar for seg EU-fellesskapets regler, finner jeg det hensiktsmessig å nevne hvilken betydning disse har for anvendelsen av de norske konkurransereglene. Forbudene finnes i den allerede nevnte TFEU artikkel 102, EØS-avtalen artikkel 54³ og den norske konkurranseloven § 11.⁴ Konkurranseloven § 11 tilsvarer EØS – avtalens artikkel 54, med unntak av samhandelskriteriet. Ordlyden i artikkel 54 tilsvarer igjen TFEU artikkel 102.

Selve innholdet i de materielle reglene er stort sett det samme, og det er opp til de nasjonale domstolene å håndheve reglene i tråd med fellesskapsreglene. Men, det er viktig for EU og funksjonen av fellesskapsreglene, at regelverket håndheves uniformt i hele fellesskapet, blant annet med tanke på internasjonaliseringen av handelen. Fordi ordlyden i EØS-loven artikkel 54 svarer til TFEU artikkel 102, slår forarbeidene til den norske konkurranseloven fast at praksis fra fellesskapsretten om artikkel 102 er relevant for tolkningen og forståelsen av EØS-avtalens artikkel 54 og den norske konkurranselovens § 11.⁵ Min oppgave vil i all hovedsak dreie seg om TFEU artikkel 102, men de ulike momentene som har betydning for tolkning av denne artikkelen, vil også være relevant ved en anvendelse av de norske reglene.

Den viktigste rettskilden i oppgaven er TFEU, som er det øverste regelsettet i EU-sammenheng, og inneholder bestemmelser om samarbeidet mellom medlemsstatene i den Europeiske Union.

³ Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 27.november 1992 nr. 109 (EØS-avtalen).

⁴ Lov 5.mars 2004 nr.12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (Konkurranseloven).

⁵ Ot.prp.nr.6 (2003-2004).

I tillegg spiller rettspraksis og andre uttalelser fra fellesskapsinstitusjonene en viktig rolle. Den relevante praksis vil i all hovedsak være retningslinjer og avgjørelser fra EU-domstolen⁶, Førsteinstansretten og Kommisjonen.

2 Rabatter og rabattsystemer

2.1 Rabatter og rabattkonkurranse

Rabatter er fordelaktig kontraktsvilkår som har direkte betydning for den reelle sluttprisen på et produkt.⁷ Rabatter er et viktig verktøy for foretakene i konkurransen om forbrukere og kunder. Et foretak kan for eksempel bruke en rabatt for å tiltrekke seg kunder fra en spesiell krets eller aldersgruppe, eller de kan bruke det som et virkemiddel i priskonkurranse. En rabatt som gis direkte på det produktet kunden kjøper, kommer til uttrykk ved en reduksjon på kundens faktura, og dette kan bidra til økt konkurranse ved at foretakene konkurrerer seg imellom om å gi kundene de beste vilkårene. Kundene vil da kunne sette foretakene opp mot hverandre, ved å konfrontere dem med hvilke rabatter konkurrerende tilbydere er villig til å gi. Rabatter som gis som direkte prisavslag kan føre til økt priskonkurranse og økt konsumentoverskudd.⁸

⁶ Den Europeiske Unions Domstol, tidligere EF-domstolen. Navneskiftet kom da Lisboatraktaten, som trådte i kraft 1.desember 2009, endret navnet på den tidligere EF-traktaten, og samtidig gav domstolen myndighet til å dømme innenfor hele EU-retten. Betegnelsen Det Europeiske Fellesskap ble også erstattet med Den Europeiske Union, og betegnelsen EU vil derfor benyttes i denne oppgaven, der det tidligere ville vært naturlig å bruke EF.

⁷ Norsk konkurranserett bind I (2007), s.594.

⁸ Norsk konkurranserett bind I (2007), s. 532.

Den er vanlig å gi rabatter både på enkeltkjøp og på det totale kjøp, for eksempel der en kunde gjentatte ganger kjøper varer fra det samme foretaket. Rabatter kan gis uten at det knyttes spesielle vilkår til rabatten, eller ved at slike vilkår og betingelser settes.

Både av TFEU artikkel 102 og rettspraksis følger begrensninger på hvordan et dominerende foretak kan utforme sin rabattpolitikk. Det finnes flere typer rabatter, og selv om det ikke er nødvendig å sette navn på rabatten for å vurdere om den utgjør ulovlig markedsatferd i strid med artikkel 102, er det praktisk å kunne gruppere de ulike rabatttypene.

For det første har vi volumrabatter, som kan være individualiserte eller standardiserte. De individualiserte volumrabattene er spesielt utformet for hver kunde, for eksempel på bakgrunn av kundens totale behov eller tidligere innkjøp. Standardiserte volumrabatter er rabatter som er like for alle foretakets kunder.⁹

For det andre har vi målrabatter, som setter krav om at kundene må kjøpe et minstevolum for å oppnå rabatt. Det er ofte også slik at denne terskelen for å oppnå rabatt, ligger tett opp til kundens totale behov, noe som vil gjøre at kunden vil foretrekke å foreta hele innkjøpet hos det dominerende foretak, for ikke å miste rabatten.¹⁰ Dersom kunden når det på forhånd fastsatte målet, vil han få rabatt på hele eller deler av kjøpet. Når kunden ikke dette målet, vil han ikke få rabatt. Denne typen rabattsystem kalles retroaktive rabatter og gir kundene sterke incentiver til å nå den fastsatte terskelen. De vil derfor forholde seg lojale til det dominerende foretaket. Dette fordi den risikerer å tape hele rabatten dersom den foretar deler av innkjøpet hos en konkurrerende leverandør, med mindre den konkurrerende leverandøren kan kompensere for bortfallet av rabatten.¹¹

⁹ O'Donoghue (2006), s.382 flg.

¹⁰ Norsk konkurranserett bind I (2007), s.535.

¹¹ Norsk konkurranserett bind I (2007), s.535.

Videre har vi merkjøpsrabatter, som er rabatter som bare blir gitt på kjøp over volumgrensen.¹²

Til slutt har vi kvantumsrabatter, som skiller seg fra de andre rabattypene. Kvantumsrabatter regnes i rettspraksis som

”quantity discounts linked solely to the volume of purchases made from it”.¹³

Dette er rabatter som ikke er i strid med TFEU artikkel 102, selv om de gis av et dominerende foretak.¹⁴ ”Rene” volum- eller kvantumsrabatter, er rabatter som gis på like vilkår til alle kunder av et dominerende foretak, kun på bakgrunn av det kjøpte volum. Dersom en økning i den leverte mengden fører til at foretaket får lavere kostnader, er foretaket berettiget til å gi kunden en fordel gjennom en mer fordelaktig pris på leveransen.¹⁵ Kvantumsrabatter antas å gjenspeile økt effektivitet og stordriftsfordeler som foretaket oppnår ved leveransen, og kan bare gis dersom dette realiseres, ikke for å skape lojalitetsbindinger. Dersom en rabatt gir incentiver til kundene om å kjøpe produkter fra det dominerende foretaket, uavhengig av kostnadsgevinster, vil ikke dette være en kvantumsrabatt, men en lojalitetsrabatt.¹⁶ Hva domstolene legger vekt på når de skal avgjøre om en kvantumsrabatt er legitim eller ikke, tas nærmere opp i kapittel 3.

¹² Jones (2011), s.434.

¹³ Sak C-163/99 Portugisiske flyplasser, premiss 50.

¹⁴ Blant annet bekreftet i sakene 322/81 Michelin I [1983], premiss 71 og T-203/01 Michelin II [2003], premiss 58.

¹⁵ Se generaladvokat Mischos forslag til avgjørelse i Portugisiske flyplasser, avsnitt 106.

¹⁶ Norsk konkurranserett bind I (2007), s.540.

2.2 Lojalitetsrabatter

Med lojalitetsrabatter menes rabatter som på en eller annen måte er knyttet til en kundes kjøp av produkter fra et foretak i en gitt periode, for å oppnå økt salg til kjøperen. Lojalitet i denne sammenhengen, betyr at kunder forholder seg eksklusivt og lojalt til foretaket, med den følge at konkurransen på markedet forvrenges.¹⁷ Lojalitetsrabatter trekker kunder inn i avtaler med foretaket som like effektive konkurrenter ikke kan konkurrere mot, og de kan ha en ekskluderende og utelukkende effekt på det eksisterende markedet, samt en diskriminerende effekt på andre kunder av foretaket.¹⁸ Ekskluderende rabatter er rabatter som utelukker eller ekskluderer det dominerende foretakets konkurrenter fra markedet, mens diskriminerende rabatter kjennetegnes ved at de gir ulike vilkår for likeverdige ytelser

Utformingen av lojalitetsrabatter varierer fra rabattsystem til rabattsystem, men det har i all hovedsak det til felles at rabatten er betinget av at kunden kjøper et visst kvantum av det dominerende foretaket over en viss periode som overstiger normal innkjøpsmengde.¹⁹ Lojalitetsrabatter kan for eksempel gis som standardvilkår til foretakets kunder, eller det kan gis som individuelt fastsatte vilkår, med bakgrunn i kundenes tidligere innkjøp eller totale behov. Et rabattsystem som gir incentiver til lojalitet, trenger ikke å være betinget av at det foreligger en avtale mellom det dominerende foretaket og kunden. Det er også uten betydning om lojalitetsrabatten aksepteres av kunden, eller at rabattsystemet ikke er et resultat av press fra det dominerende foretaket.²⁰ Ei heller er det relevant at det er kjøperen selv som har tatt initiativet til å inkludere lojalitetsrabatter i handelsavtalen, dette ble bekreftet av EU-domstolen i Almelo.²¹

¹⁷ Jones (2011), s.428.

¹⁸ Jones (2011), s.429.

¹⁹ O'Donoghue (2006), s.374.

²⁰ Bellamy & Child (2008), s.973.

²¹ Sak C-393/92 Almelo mot Kommisjonen [1994].

Lojalitetsrabatter er navnet på et resultat. Det er en rabatt som virker lojalitetsskapende, og har en eller annen form for virkning på markedet, eller på forholdet mellom konkurrentene på markedet. Lojalitetsrabatter blir regnet som et tilfelle av misbruk av dominerende stilling i strid med TFEU artikkel 102, fordi det stort sett er et virkemiddel rettet mot konkurrentene til det dominerende foretaket for å svekke, hindre eller forvrengte konkurransen i markedet. Dermed utgjør dette en utilbørlig utnyttelse av markedsrett.²²

TFEU artikkel 102 gir ingen definisjon på hva som ligger i slik ”utilbørlig utnyttelse” av dominerende stilling. I bestemmelsens bokstav a-d gis det flere eksempler på hva som kan innebære et slikt misbruk, men det følger av EU-domstolens praksis at oppregningen ikke er uttømmende.²³ Det betyr at også flere typer atferd enn de som er nevnt i artikkelen kan innebære et misbruk av dominerende stilling. Lojalitetsrabatter som faller inn under denne bestemmelsen vil ofte ha en ekskluderende virkning på det dominerende foretakets konkurrenter. EU-domstolen har fastslått at ved vurderingen av lojalitetsrabatter er det tilstrekkelig å vise til TFEU artikkel 102 i sin helhet. Det betyr at det ikke er et krav om å henføre rabatten under et av eksemplene i bokstav a-d.²⁴ Lojalitetsrabatter kan likevel rammes mer spesifikt av TFEU artikkel 102 c, som omhandler misbruk ved å gi ulike vilkår for like ytelser.²⁵ Sistnevnte kan være lojalitetsrabatter som gjelder mellom det dominerende foretakets kunder nedstrøms, eller mellom foretaket og dets konkurrenter.

²² Misbruk av dominerende stilling (2007) s.176.

²³ Se for eksempel sak 6/72 Europemballage Corporation and Continental Can mot Kommisjonen [1973], premiss 215 og forenede saker C-395/96 P og C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge Transports mot Kommisjonen [2000], premiss 112.

²⁴ Sak C-95/04 P British Airways mot Kommisjonen (2007), premiss 58 jf. Wish (2012), s.729.

²⁵ Se eksempel på dette i Forenede saker 40/73 etc Suiker Unie mot Kommisjonen premiss 523.

2.3 Positive og negative virkninger av lojalitetsrabatter på konkurransen

Bruk av lojalitetsrabatter i priskonkurransen, vil ha en eller annen form for virkning på markedet. Dette viser seg i forholdet mellom kundene og det dominerende foretaket, og i forholdet mellom det dominerende foretaket og deres konkurrenter. Jeg skal nå se nærmere på de positive og negative virkningene en lojalitetsrabatt kan ha i disse relasjonene.

2.3.1 Lojalitetsrabatters negative virkninger

Konkurransemyndighetene har de siste årene i stor grad vektlagt de negative virkningene en lojalitetsrabatt fører med seg. Hovedgrunnen er at lojalitetsrabatter kan gi samme virkninger som en eksklusivavtale, en avtaleform som er bedømt strengt av EU-domstolen. Videre er det pekt på at kundene, dersom de ikke oppfyller kravene til lojalitetsrabatten, vil bli utsatt for ”straff”, for eksempel ved at de mister rabatten på hele årets kjøp hvis de ikke når et på forhånd fastsatt salgsmål. I denne forbindelse er det argumentert med at dominerende foretak kan bruke lojalitetsrabatter for å hindre at kundene handler hos konkurrerende foretak, og med det ekskludere konkurrentene fra markedet.²⁶

2.3.1.1 Eksklusivitet

Rabatter som sikrer eksklusivitet har blitt behandlet som lojalitetsrabatter av domstolene.²⁷ Eksklusivitetsavtaler er betegnelsen på kontrakter som forplikter en kunde til å kjøpe hele sitt behov for et eller flere produkter fra en dominerende tilbyder.²⁸ Lojalitetsrabatter kan ha de samme konkurransebegrensende virkninger som disse eksklusivavtalene, fordi det gir incentiver til kunden om å holde seg eksklusivt til tilbyderen, uten at han er avtalemessig

²⁶ O'Donoghue (2006) s.379.

²⁷ Norsk konkurranserett bind I (2007), s.536.

²⁸ Norsk konkurranserett bind I (2007), s 535 og 536.

bundet til å gjøre det.²⁹ Lojalitetsrabatter innebærer likevel et svakere incentiv til lojalitet enn rene eksklusivavtaler, og skal behandles deretter.³⁰

Rabatter som gis på bakgrunn av fastsatte vilkår, gjør at kundene må forholde seg til foretaket på visse betingelser for at de skal kunne oppnå den aktuelle rabatten. Kommisjonen omtaler lojalitetsrabatter som betingede rabatter, nettopp fordi de fungerer som belønning for en viss type atferd.³¹ Dette kan for eksempel være at de må kjøpe en viss del av sitt totale behov hos foretaket for å oppnå full rabatt. Dersom kunden oppfyller dette vilkåret, kan foretaket også velge å gi rabatter på kjøp som overstiger den på forhånd fastsatte mengden. Dette vil ha til virkning at kunden ikke bruker andre foretak til å handle inn varer, men er lojal mot det foretaket som gir de beste rabattene, og forholder seg eksklusivt til dette.³²

2.3.1.2 Ekskluderende effekt

Dersom det i markedet er et foretak med dominerende stilling, vil det i utgangspunktet være vanskelig for mindre konkurrenter å etablere seg på dette markedet. Bruker det dominerende foretaket i tillegg lojalitetsrabatter i priskonkurransen, vil det være ekstra vanskelig for konkurrentene å komme med et tilbud til kundene som kan måle seg med disse rabattene. En følge av dette kan være at konkurrentene ekskluderes fra markedet. Mindre konkurrerende foretak vil ikke ha den økonomiske styrken til å ta opp kampen med det dominerende foretaket om å gi de beste rabattene. Dette fører til en skjevhet i konkurransen som ikke er ønskelig, og vil redusere konkurrerende foretaks mulighet for å øke sitt salg. De konkurrerende tilbydernes mulighet til å kompensere for bortfallet av rabatten, og på kort sikt tre inn som leverandør til en kunde, vil være begrenset.³³ Konkurrerende foretak

²⁹ Jones (2011), s 428.

³⁰ O'Donoghue (2006) s.352.

³¹ Jones (2011) s.428.

³² Norsk konkurranserett bind I (2007), s.533.

³³ Norsk konkurranserett bind I (2007), s. 533.

vil ikke være av samme størrelse, ha samme økonomiske forankring og med det ikke være i stand til å gi kunden en så god pris at det dekker for den tapte rabatten.

Ved å benytte slike rabatter som øker kundens kostnader ved å skifte leverandør, forsterker det dominerende foretaket sin stilling på markedet, med negativ virkning for konkurrentene.³⁴

Et dominerende foretak vil ofte være hovedleverandøren til etterspørerne, og det vil i disse tilfellene ikke være aktuelt for dem å gjøre innkjøp hos andre. Det kan også være at kundene foretrekker varer fra det dominerende selskapet, og dette sikrer foretaket et visst salg. På grunn av dette, kan foretaket tilby priser som konkurrentene ikke kan møte, og slike lave priser tilbys gjerne på tilleggsprodukter som kjøperne kan være fristet til å kjøpe fra andre foretak.³⁵ Dette vil også virke ekskluderende på det dominerende foretakets konkurrenter, og i strid med misbruksbestemmelsen.

2.3.2 Lojalitetsrabatters positive virkninger

I praksis fokuseres det stort sett på den negative virkningen lojalitetsrabatter har på konkurransen. I teorien, og særlig i økonomisk teori, er det stilt spørsmål ved denne fremgangsmåten. Samtidig er det fremmet et ønske om å trekke de positive virkningene inn i vurderingen.³⁶

Det har vært en tendens til å presumere at lojalitetsrabatter gitt av dominerende foretak kun har den hensikt å ekskludere konkurrenter fra markedet, og at de ikke er et uttrykk for for-

³⁴ Norsk konkurranserett bind I (2007), s.535.

³⁵ O'Donoghue (2006) s.380.

³⁶ Se blant annet O'Donoghue (2006) s.375 flg.

holdet mellom størrelsen på rabatten og innsparte kostnader for foretaket.³⁷ Økonomisk teori er heller ikke støttende til denne tilnærmingmåten.³⁸ Flere økonomer har derfor pekt på flere konkurransefremmende grunner til at foretak tilbyr lojalitetsrabatter til sine kunder, distributører og agenter for å øke salgsinntekten.³⁹

Det er på det rene at lojalitetsrabatter kan ha konkurransebegrensende virkninger, men det ignoreres ofte at lojalitetsrabatter også kan ha konkurransefremmende virkninger i markedet. Jeg vil nå peke på lojalitetsrabatters positive virkninger på markedet, og grunnen til at slike rabatter er svært vanlig i praksis, både for dominerende foretak og ikke-dominerende foretak.

Kommisjonen har i sitt Diskusjonsnotat⁴⁰ også kommet med hentydninger om at lojalitetsrabatter kan ha konkurransefremmende virkning på markedet, og har kommet med forslag til domstolene om å trekke inn økonomiske betraktninger i sin vurdering. Dette blir nærmere belyst i kapittel 4 nedenfor.

2.3.2.1 Mer effektiv inntjening av faste kostnader

Når produksjonen er preget av flere typer faste kostnader, vil produktene bli priset over marginalkostnaden. Marginalkostnaden, eller grensekostnaden, er hva det koster foretaket å produsere én ekstra enhet. Prisen på produktet må være høy nok til at foretaket dekker de faste kostnadene, ellers vil de produsere med tap. Problemet med høye utsalgspriser, er at

³⁷ Se blant annet T-219/99 British Airways, premiss 288, OJ 2002 L 143/1 Michelin II, premiss 216 og C-163/99 Portugisiske flyplasser, premiss 49. Alle disse sakene blir nærmere omtalt nedenfor.

³⁸ O'Donoghue (2006), s.375.

³⁹ O'Donoghue (2006), s.376.

⁴⁰ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (2005), heretter referert til som Diskusjonsnotatet.

bedriften da selger færre produkter. Prisen må derfor settes på et nivå som overstiger det kundene er villig til å betale, og dette kan gå utover forbrukernes velferd.⁴¹ En løsning er at foretaket tar en høy pris for produkter der etterspørselen er lav, for eksempel for de ti første enhetene, og samtidig lavere priser for produkter der etterspørselen er høy. En slik ordning vil skape incentiver til lojalitet, fordi det fører til at kundene kommer tilbake til denne leverandøren, men slik rabatt vil også ha positive virkninger fordi den gir foretakene en mulighet til å opprettholde sin produksjon og eksistens i markedet.

2.3.2.2 Bedre forhandlernes vilkår

Lojalitetsrabattsystemer mellom produsenter og forhandlere kan forbedre vilkårene for forhandlerne, noe som igjen kan være positivt for forbrukerne. Dette kan blant annet være med på å løse konflikter som oppstår mellom vertikalt integrerte foretak når det gjelder markedsføring, investeringer mv. For eksempel, dersom en forhandler har lave kostnader i forbindelse med et produkt, vil han ha gode incentiver til å markedsføre dette produktet.⁴² Dette incentivet vil være lavere dersom forhandleren ikke blir tilstrekkelig tilgodesett av produsenten. Men, det vil være vanskelig for en produsent å inngå en god kontrakt med en forhandler som faktisk tilgodeser slik ekstra innsats. I tillegg vil det være vanskelig å vite hvor mye forhandleren faktisk har bidratt med. En enklere måte, er derfor at produsenten etablerer en avtale med sine forhandlere som inneholder et lojalitetssystem som tar hensyn til begge interesser.⁴³

Et eksempel fra rettspraksis er saken i British Airways.⁴⁴ British Airways gav reisebyråene som solgte deres billetter en bonus på 1-2 % dersom de økte salgene sine fra forrige referanseperiode. Rabattene ble gitt som en løsning på BAs ønske om å øke sine salg, og be-

⁴¹ O'Donoghue(2006), s.376.

⁴² O'Donoghue (2006) s.377.

⁴³ O'Donoghue (2006) s.377.

⁴⁴ T-219/99 British Airways mot Kommisjonen [2003].

lønne de reisebyråene som faktisk oppnådde dette. Fra et økonomisk synspunkt er denne fremgangsmåten en rimelig måte å skape incentiver og gi belønninger på. Likevel ble dette systemet antatt å innebære et misbruk uten at domstolen vurderte virkningen, eller om alternative rabatter ville fungert bedre.⁴⁵

2.3.2.3 Unngå "dobbel fortjeneste".

En annen virkning, kalt "double marginalisation", vil kunne vise seg i forholdet mellom produsent og forhandler. Når en produsent har markedsrett, vil prisen ut til forhandleren ofte settes med utgangspunkt i en monopolsituasjon. Dersom forhandleren også har markedsrett, vil denne gjerne legge ytterligere på prisen før videresalg.⁴⁶ Dette fører til at prisen forbrukerne må betale blir høyere, noe som ikke er særlig positivt. Lojalitetsrabatter kan være en måte å unngå denne dobbeltprikingen på, eksempel i form av målrabatter som reduserer produsentens pris på enhver enhet som selges videre etter en bestemt terskel er nådd.⁴⁷

2.3.2.4 Bidra til å løse "hold-up" problemer

Lojalitetsrabatter kan være med på å løse såkalte "hold-up" problemer. Dette viser seg for eksempel ved at en produsent vegrer seg for å holde opplæring for sine forhandleres ansatte, fordi denne kunnskapen også kan brukes til å øke salget for konkurrerende produkter.⁴⁸ Denne situasjonen kan unngås dersom forhandlerne forplikter seg til å kjøpe inn produkter fra en produsent som samtidig sørger for nødvendig opplæring av de ansatte. Slike avtaler kan likevel være vanskelig å gjennomføre i praksis fordi etter at medarbeiderne har gjennomgått en opplæring, vil de alle fleste forhandlere ønske å gjøre innkjøp fra den produsent-

⁴⁵ O'Donoghue (2006) s.377.

⁴⁶ O'Donoghue (2006) s.377.

⁴⁷ O'Donoghue (2006) s.378.

⁴⁸ O'Donoghue (2006) s.378.

ten som kan gi dem lavest pris. En måte å unngå dette på er at produsenten i tillegg gir en lojalitetsrabatt for å sikre at forhandleren holder seg lojalt til produsenten.⁴⁹

Som vi ser av punktene overfor, kan lojalitetsrabatter ha flere positive virkninger på markedet. Disse punktene viser at rabatter i flere tilfeller kan bidra til en mer effektiv konkurranse, og kan også være med på å forklare hvorfor så mange foretak bruker rabatter i sin prispolitikk. Om disse virkningene faktisk kan bidra til å rettferdiggjøre en lojalitetsrabatt kan ikke besvares generelt, men må vurderes i det konkrete tilfellet. Domstolene har likevel valgt å ikke fokusere på disse virkningene etter at de har slått fast at rabatten er lojalitets-skapende, se mer om dette i kapittel 4.

3 Lovlig rabattkonkurranse

Priskonkurransen er sentral for markedsmekanismens funksjon, og rabatter et viktig virkemiddel for å sette ned prisen. Men, ikke all er priskonkurranse legitim, og det er derfor viktig å kunne skille mellom hva som er lovlig rabattkonkurranse, og hva som ikke er det.⁵⁰ Formålet med dette kapittelet er å vise hva som regnes som legitim rabattkonkurranse, og domstolenes fremgangsmåte for å skille lovlige rabatter fra lojalitetsrabatter.

I Irish Sugar uttalte Førsteinstansretten at et dominerende foretak ikke kan konkurrere med andre virkemidler enn de som innebærer ”competition on the merits”.⁵¹ Dette betyr at det er tillatt å gi rabatter på bakgrunn av overlegne prestasjoner. Det dominerende foretaket kan altså konkurrere på lik linje med andre foretak i markedet, og kanskje også ekskludere disse fra markedet, så lenge det skjer som en følge av det dominerende foretakets overlegne prestasjoner, såkalt *ytelsesbasert* konkurranse. Et eksempel er at det dominerende foretaket

⁴⁹ O’Donoghue (2006) s.378.

⁵⁰ Norsk konkurranserett bind I (2007), s.536.

⁵¹ Sak T-228/97 Irish Sugar mot Kommisjonen [1999], premiss 111.

produserer varer på en mer kostnadseffektiv måte enn konkurrentene, og derfor kan gi rabatter eller lavere priser. Rabattsystemer som gir incentiver til lojalitet, er ansett å være rabatter som går lengre enn slik ”competition on the merits”, da de tilbyr kundene tilbud og rabatter som konkurrerende foretak ikke kan møte, og med det har en ekskluderende effekt på markedet.⁵²

Kvantumsrabatter som kun er knyttet til det kjøpte volum, er også ansett som lovlige av fellesskapsdomstolene, men begrunnelsen for hvorfor dette er tilfellet, er ikke helt lik. Det er vanskelig å skille mellom lovlig og ulovlig rabattkonkurranse når det gjelder dominerende foretak. Grunnen til det er alt som dette foretaket foretar seg, kan og vil mest sannsynlig forbedre deres markedsposisjon ytterligere, i forhold til sine konkurrenter. Nye og attraktive produkter, bedre kvalitet, bedre service og, hovedtema for denne oppgaven – lojalitetsrabatter – har alle den evnen at det kan tiltrekke seg kunder fra konkurrenter.⁵³

EU-domstolen har lenge gjort det klart at det ikke er tilstrekkelig å kalle en rabatt for en kvantumsrabatt for at den skal gå klar av forbudet i TFEU artikkel 102. Dette er også påpekt av Førsteinstansretten.⁵⁴

Domstolen har en tendens til å starte sin analyse av rabatter under TFEU artikkel 102 med å ta utgangspunkt i skillet mellom kvantumsrabatter og lojalitetsrabatter, og et eksempel på første gang dette ble gjort er avgjørelsen i Suiker Unie.⁵⁵ Denne saken gjaldt først og fremst lovligheten av et kartell mellom europeiske sukkerprodusenter, men Kommisjonen fant at et av rabattprogrammene som den ene dominerende leverandøren anvendte, innebar et misbruk av dennes dominerende stilling. Det dominerende foretaket gav årlige kvantumsrabat-

⁵² Jones (2011) s.428.

⁵³ Jones (2011) s.369.

⁵⁴ Se eks sak T-203/01 Michelin II [2003], premiss 62.

⁵⁵ Forenede saker 40/73, etc. Suiker Unie mot Kommisjonen.

ter til kunder som kjøpte sitt årlige totalbehov fra leverandøren. Hvis kunden kjøpte noe fra konkurrerende foretak, mistet den hele rabatten, også på varene den tidligere hadde handlet. EU-domstolen opprettholdt Kommisjonens avgjørelse, og for første gang gjorde domstolen et klart skille mellom rene kvantumsrabatter og lojalitetsrabatter;

”... the rebate at issue is not to be treated as a quantity rebate exclusively linked with the volume of purchases from the producer concerned but has rightly been classified by the Commission as a 'loyalty' rebate designed, through the grant of a financial advantage, to prevent customers obtaining their supplies from competing producers”.⁵⁶

Senere, i avgjørelsen Portugisiske Flyplasser, uttalte domstolen at et dominerende foretak er berettiget til å gi kvantumsrabatter til sine kunder, dersom disse utelukkende har sammenheng med kundens innkjøpte mengde.⁵⁷ Domstolen kom videre med en uttalelse om hva som kjennetegnet kvantumsrabatter;

”... it is of the very essence of a system of quantity discounts that larger purchasers of a product or users of a service enjoy lower average unit prices or - which amounts to the same - higher average reductions than those offered to smaller purchasers of that product or users of that service. It should also be noted that even where there is a linear progression in quantity discounts up to a maximum discount, initially the average discount rises (or the average price falls) mathematically in a proportion greater than the increase in purchases and subsequently in a proportion smaller than the increase in purchases, before tending to stabilize at or near the maximum discount rate. The mere fact that the result of quantity discounts is that some customers enjoy in respect of specific quantities a proportionally higher average reduction than others in relation to the difference in their respective volumes of purchase is inherent in this type of system, but it cannot be inferred from that alone that the system is discriminatory.”⁵⁸

⁵⁶ Forenede saker 40/73, etc. Suiker Unie mot Kommisjonen, premiss 518.

⁵⁷ Sak C-163/99 Portugisiske flyplasser, premiss 50.

⁵⁸ Sak C-163/99 Portugisiske flyplasser, premiss 51.

Formålet med denne uttalelsen var ikke å definere kvantumsrabatter, men å beskrive *når* en slik rabatt er diskriminerende.⁵⁹ Saken gjaldt riktignok diskriminerende og ikke ekskluderende misbruk, men uttalelsene er fulgt av fellesskapsdomstolene i senere saker som gjelder begge misbrukstypene. Domstolene har en tendens til å slå sammen denne vurderingen.⁶⁰ Denne beskrivelsen gir ikke noe nærmere forklaring på hva som er tillatt og ikke tillatt, rabattene ble beskrevet på denne måten for å vise hva som er legitim rabattkonkurranse. Det kan likevel forstås av uttalelsen at et dominerende foretak er berettiget til å gi rabatter dersom disse har grunnlag i effektivitetsgevinster i produksjonen, med tanke på at domstolen knyttet sitt resonnement direkte til gjennomsnittlige enhetspriser.⁶¹ Rabatten vil da ikke være i strid med TFEU artikkel 102.

Et spørsmål er om definisjonen av kvantumsrabatter i Portugisiske flyplasser, betyr at et hvert system der rabatten øker proporsjonalt med det innkjøpte volum, automatisk er forenelig med TFEU artikkel 102?

Dette spørsmålet ble besvart negativt av Førsteinstansrettens i Michelin II. Her påpekte retten at det ikke kunne slutes fra EU-domstolens avgjørelse i Portugisiske Flyplasser at et rabattsystem er forenelig med TFEU artikkel 102, alene fordi rabattsatsen per innkjøpte dekk stiger i takt med det kvantum som kjøpes. De klargjorde med dette at EU-domstolen ikke ønsket å si at forholdet ”i seg selv” ikke er tilstrekkelig til å karakterisere systemet

⁵⁹ Norsk konkurranserett bind I (2007), s 539.

⁶⁰ Se mer om forholdet mellom diskriminerende og ekskluderende lojalitetsrabatter i kapittel 5 nedenfor.

⁶¹ Norsk Konkurranserett bind I (2007), s.539. Om effektivitetsgevinster som objektiv begrunnelse, se oppgavens kapittel 6.

som diskriminerende, men å fastslå at et slikt rabattsystem gir kunder som kjøper større varepartier en høyere rabattsats enn de som kjøper mindre.⁶²

Også i Kommisjonens avgjørelse i British Airways, ble det påpekt uttrykkelig at kvantumsrabatter som utelukkende knytter seg til innkjøpt mengde, er tillatt. Dette gjelder også for foretak som innehar en dominerende stilling på markedet. I Kommisjonens avgjørelse, som ble opprettholdt av Førsteinstansretten og EU-domstolen, bemerkes det også at grensen for lovligheten av en rabatt går der denne gis for å hindre kundene å handle med konkurrentene, og med det ekskludere dem fra markedet;

”[A] dominant supplier can give discounts that relate to efficiencies, for example discounts for large orders that allow the supplier to produce large batches of product, but cannot give discounts or incentives to encourage loyalty, that is for avoiding purchases from a competitor of the dominant supplier”.⁶³

Med domstolens beskrivelse av kvantumsrabatter, hvor langt kommer man egentlig i prosessen med å bestemme om et rabattsystem er lovlig eller ikke? Det er ikke tilstrekkelig å se på hva som er lovlige kvantumsrabatter og slutte at all annen rabattkonkurranse er ulovlig, det må foretas en nærmere vurdering av rabattordningen.

4 Domstolenes vurdering av lojalitetsrabatter

Det skal først gis en beskrivelse av hvordan domstolene avgjør om en rabatt eller et rabattsystem er lojalitetsskapende. Videre er spørsmålet hva som kreves av vurderingen for å anse en lojalitetsskapende rabatt i strid med forbudet mot misbruk av dominerende stilling i TFEU artikkel 102.

⁶² Sak T-203/01 Michelin II [2003], premiss 74.

⁶³ Sak OJ 2000 L 30 p.1 Virgin/ British Airways, avsnitt 101.

4.1 Hvordan identifisere rabatter som lojalitetsskapende?

Første skritt i analysen er å identifisere om den aktuelle rabatten skaper lojalitetsbindinger. Dersom den ikke gjør det, kan den ikke karakteriseres som en lojalitetsrabatt. Spørsmålet er hvordan slike lojalitetsbindinger skapes, og hva domstolene legger vekt på i denne vurderingen?

Analysen av lojalitetsrabatter har nær sammenheng med analysen av eksklusivavtaler, fordi de ofte leder til situasjoner som ligner de som følger av slike avtaler. For eksempel kan dette være at det dominerende foretaket blir en eksklusiv leverandør.⁶⁴ Men, de gir svakere incentiver til binding enn det eksklusivavtalene gjør, og skal derfor også behandles mildere.⁶⁵

Sammenhengen mellom lojalitetsrabatter og eksklusivavtaler er illustrert i Hoffmann-La Roche. Domstolen slo fast at Hoffmanns avtaler var i strid med TFEU artikkel 102 fordi de bandt kundene til selskapet. Domstolen uttalte deretter:

”The same applies if the said undertaking, without tying the purchasers by a formal obligation, applies, either under the terms of agreements concluded with these purchasers or unilaterally, a system of fidelity rebates, that is to say discounts conditional on the customer's obtaining all or most of its requirements — whether the quantity of its purchases be large or small — from the undertaking in a dominant position”.⁶⁶

En naturlig tolkning av dette utsagnet er at dersom et foretak ved rabatter binder kunder til seg, slik at kundene foretar hele eller store deler av sitt innkjøp hos foretaket i stedet for hos konkurrentene, vil dette også være i strid med forbudet i TFEU artikkel 102.

⁶⁴ Norsk konkurranserett bind I (2007), s.535.

⁶⁵ O'Donoghue (2006) s. 352.

⁶⁶ Sak 85/76 Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen, premiss 89.

Et annet tilfelle der en lojalitetsrabatt ble sammenlignet med eksklusivavtale er saken i BPB Industries.⁶⁷ Her ble lojalitetsrabatter brukt i den hensikt å binde kundene eksklusivt til foretaket og med det fjerne konkurrentene fra markedet. BPB distribuerte gjennom sitt datterselskap British Gypsum (BG), gipsplater i Storbritannia og Irland. Fra 1982 opplevde de økende konkurranse fra aktører som importerte fra både Spania og Frankrike. Importørene klagde BG inn for Kommisjonen på grunn av deres prispolitikk. BG hadde et betalingssystem for promoterings og reklamekostnader for kunder som kjøpte eksklusivt fra dem. Betalingssystemet ble av Kommisjonen ansett å krenke TFEU artikkel 102, det samme gjorde systemet som var tatt i bruk i Irland for å tilby rabatter til de som handlet eksklusivt hos BPB, og ikke handlet med deres konkurrenter.

Under vurderingen av kjøpsavtalenes karakter av misbruk, starter Førsteinstansretten med å bemerke at en praksis med salgsfremmende bidrag til sine handelspartnere er vanlig i samarbeidet mellom en forhandler og dennes distributører. Slike avtaler inngås ofte i begge parter interesse; selgeren søker sikkerhet for salg, og distributøren sikkerhet for forsyninger. Disse avtalene er i utgangspunktet ikke forbudt, men det må tas forbehold, særlig i markeder der et foretak innehar en dominerende stilling.⁶⁸

Retten forsetter sin drøftelse med å peke på at foretak misbruker sin dominerende stilling ved å inngå avtaler med sine kunder som binder dem eksklusivt til foretaket. Dette begrunner retten med at inngåelse av eksklusivavtaler for en stor del av kundens totalbehov, skaper en uakseptabel hindring for konkurrentenes adgang til markedet. Rabattene kunne heller ikke rettferdiggjøres

⁶⁷ Sak T-65/89 BPB Industries mot Kommisjonen [1993]. Saken ble i all hovedsak opprettholdt og bekreftet av domstolen etter klage, se C-310/93 P [1995] ECR I-00865 og jeg tar derfor utgangspunkt i Førsteinstansrettens premisser.

⁶⁸ Sak T-65/89 BPB Industries mot Kommisjonen [1993] premiss 65 og 66.

”... even if it were established that the promotional payments represented a response to requests and to the growing buying power of the merchants does not, in any case, justify the inclusion in the supply contracts in question of an exclusivity clause”.⁶⁹

Selv om det ble påstått at et av formålene med BPB sitt rabattprogram var å fremme salget av gipsprodukter, innebar systemet i realiteten utbetalinger som medførte at kundene forholdt seg eksklusivt til foretaket.

Analysen av en rabatts lojalitetsskapende effekt, tar utgangspunkt i den samme vurderingen som for eksklusivavtalene. Jeg skal nå gi en gjennomgang av de ulike momentene fellesskapsdomstolene har lagt vekt på i denne vurderingen.

4.1.1 Referanseperiodens lengde

Når domstolen snakker om referanseperiode, menes den perioden innkjøpene foretas innenfor, for at rabatten skal kunne oppnås. Lengden på referanseperioden er et av momentene som kan være med å avgjøre om rabattsystemet skaper lojalitetsbindinger.

I Michelin I skulle EU-domstolen vurdere lovligheten av Michelins rabattsystem. Rabattsystemet i saken var basert på en ettårig referanseperiode, og domstolen uttalte at

”any system under which discounts are granted according to the quantities sold during a relatively long reference period has the inherent effect, at the end of that period, of increasing pressure on the buyer to reach the purchase figure needed to obtain the discount or to avoid suffering the expected loss for the entire period”.⁷⁰

⁶⁹ Sak T-65/89 BPB Industries mot Kommisjonen, premiss 68.

⁷⁰ Sak 322/81 Michelin I [1983], premiss 81.

Med dette utsagnet viste domstolen at referanseperioden er viktig i vurderingen av om et rabattsystem er lojalitetsskapende. Dersom referanseperioden øker, gir dette større incentiver til kunden om å forholde seg lojal mot foretaket, da kostnadene og risikoen ved å skifte leverandør i løpet av perioden, vil øke. Rabatttypen som ble anvendt i Michelin I var individualiserte målrabatter som i seg selv gir sterke incentiver til lojalitet.

I Michelin II gjentok Førsteinstansretten EU-domstolens uttalelse fra Michelin I. Retten gav uttrykk for at effekten av bindingen som følge av en rabatt, ville øke med lengden av referanseperioden som rabatten ble beregnet på bakgrunn av.⁷¹ Retten fant videre at referanseperioden på ett år var for lang, men gikk ikke nærmere inn på hva som vil være en akseptert lengde. Retten fastholdt også at domstolen i Michelin I ikke mente at referanseperioden ikke kunne overstige tre måneder, men påpekte at det ikke kunne nektes for at

”the loyalty-inducing nature of a system of discounts calculated on total turnover achieved increases in proportion to the length of the reference period”.⁷²

At lengden på referanseperioden kan være med på å øke den lojalitetsskapende effekten av et rabattprogram, ble også bekreftet av generaladvokat Kokott i hennes forslag til avgjørelse i British Airways.⁷³ Jo lenger referanseperioden er, jo større er usikkerheten for handelspartneren om han har hatt tilstrekkelig inntekt til å oppnå rabatt når perioden er over. Opp til dette tidspunktet vil det også være usikkert hvilken pris han betaler per enhet, og dette vil skape usikkerhet angående kundens egen fortjeneste.

⁷¹ Sak T-203/01 Michelin II [2003], premiss 85.

⁷² Sak T-203/01 Michelin II [2003], premiss 85.

⁷³ Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i British Airways, heretter omtalt som Kokott (2006).

I vurderingen av referanseperioden, er det ikke bare varigheten av de terminer inntekten må oppnås innenfor som må vurderes, men også hvor langt bakover i tid den sammenlignbare perioden strekker seg. Kokott peker på at også kortere referanseperioder kan ha en lojalitetsskapende effekt:

”One cannot exclude the possibility that even a system in which reference is made month by month to periods lying one year back will, on account of the continual incentive it gives to increase turnover, result in a long-term binding of the contractual partner to the dominant undertaking, making it hard for him to switch to the competition”.⁷⁴

Det kan reises spørsmål om det går en grense for når referanseperioden anses for ikke å ha virkning på forholdet mellom det dominerende foretaket og dets kunder. Rettspraksis har ingen klare avgjørelser om dette, men veiledning kan hentes fra Kommisjonens vedtak i Coca Cola saken.⁷⁵ Dette dreide seg om et vedtak der Kommisjonen valgte å ikke gripe inn fordi de mente rabattordningen ikke var lojalitetsskapende. Referanseperioden var her på tre måneder. Dette er likevel ikke tilstrekkelig praksis til å stille opp en grense, men viser at referanseperiodens lengde er naturlig å ta stilling til ved vurderingen av om et rabattsystems har lojalitetsskapende virkning.

4.1.2 Rabattens størrelse og terskelen for å oppnå rabatt

Rabattens størrelse, og terskelen kundene må forholde seg til for å oppnå full rabatt, er et annet moment domstolen har lagt vekt på i vurderingen av om rabattsystemet er lojalitetsskapende. Dette punktet er særlig aktuelt når det er snakk om volum- eller målrabatter som omtalt overfor i punkt 2.1 Med rabattens størrelse menes hvor stor rabatten som gis er, sett i forhold til det totale kvantum som kjøpes inn. Terskelen for å oppnå rabatt knytter seg til

⁷⁴ Kokott (2006) avsnitt 95.

⁷⁵ Kommisjonens XiXth Report on Competition Policy (1989), premiss 50.

hvor mange enheter kunden må kjøpe fra det dominerende foretaket før han kvalifiserer til å få rabatt på innkjøpet.

Når det gjelder rabattens størrelse, er det ingen krav til at rabatten må være av en viss tallmessig størrelse, den må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Dette kom blant annet frem i Michelin I. Michelin opererte med en rabatt mellom 0,2 og 4 %, og domstolen uttalte at det ikke var av betydning at rabatten var så liten, fordi den uansett hadde stor virkning for kundene.⁷⁶ Dette viser altså at selv om rabatten som sådan ikke fremstår som stor, kan den likevel ha lojalitetsskapende virkninger når man ser den i sammenheng med resten av rabattordningen.

Når det gjelder terskelen for å oppnå rabatt, har Kommisjonen i sitt Diskusjonsnotat bemerket at dersom denne settes til et nivå der kunden uansett ville foreta innkjøp, er de lojalitetsskapende virkningene ikke spesielt store.

Incentivet til å holde seg utelukkende til det dominerende selskapet, vil øke parallelt med at rabatten øker, samt at terskelen for å nå rabatten ligger så nærme kundens behov som mulig. Terskelen må derfor settes på et nivå der den ikke er for høy til at kundene ikke har muligheten eller anser det nødvendig å oppnå rabatten. Den må heller ikke være for lav, slik at kundene handler hos andre foretak etter de har oppnådd rabatten hos det dominerende foretaket.⁷⁷

Dersom rabatten settes rett over innkjøpsnivået til kunden, vil dette gi incentiver til kunden om å foreta ytterligere innkjøp hos det dominerende foretaket. Slike terskler som fastsettes individuelt for hver enkelt kunde, vil særlig virke lojalitetsskapende. Det dominerende fore-

⁷⁶ Sak 322/81 Michelin I [1983], premiss 80.

⁷⁷ Diskusjonsnotatet avsnitt 152.

taket setter disse tersklene enten basert på tidligere innkjøp hos foretaket eller tidligere års omsetning og salg.⁷⁸

Dersom foretaket i tillegg til å gi rabatt på alle kjøp over terskelen, også gir rabatt på alle tidligere kjøp foretatt i den aktuelle perioden, skapes det en såkalt ”suction-effect”.⁷⁹ Dette beskriver den effekten rabatten har på kundene i det de nærmer seg terskelen for rabatt; desto nærmere de er å oppnå rabatten, desto sterkere blir incentivene til å forholde seg lojale. Dersom terskelverdien og rabattprosenten er høy, desto sterkere er denne dragsugeffekten når man nærmer seg terskelen. Når kunden nærmer seg terskelen for å oppnå rabatt, vil prisen for de siste enhetene være svært lave, kanskje til og med også negative, fordi totalrabatten som oppnås vil overstige enhetsprisen.⁸⁰

Dette kan illustreres ved saken i Michelin I der det ble utøvet et særlig press på forhandlerne til å oppnå rabatten og terskelen, når det nærmet seg referanseperioden slutt. Videre, i Michelin II slo domstolen fast at tilskyndelsen til å kjøpe som skapes ved et rabattsystem, er betydelig større når rabattene beregnes ut fra samlet omsetning innen en bestemt periode, enn der rabattene beregnes per enkelt enhet.⁸¹

Et annet eksempel er British Airways. Rabattene som British Airways gav sine kunder var retroaktive. Da reisebyråene begynte å nærme seg terskelen for å oppnå rabatt, ville de presse på for å få solgt noen ekstra British Airways billetter, fordi dette ville gi stor effekt på reisebyråets inntekt. Førsteinstansretten fant at rabattsystemet var lojalitetsskapende, blant annet

⁷⁸ Diskusjonsnotatet avsnitt 152.

⁷⁹ Diskusjonsnotatet avsnitt 153.

⁸⁰ Diskusjonsnotatet avsnitt 153.

⁸¹ Sak 322/81 Michelin I [1983], premiss 81 og T-203/01 Michelin II [2003], premiss 87-88.

”by reason of their progressive nature with a very noticeable effect at the margin”.⁸²

Disse rabattene skapte altså et sterkere incentiv for reisebyråene til å holde seg lojale, jo nærmere de kom terskelen for å oppnå rabatt, jf ”the suction-effect”.

I tillegg til å se på totalrabatten og terskelen for å oppnå denne, vil det ifølge Kommisjonen også være nødvendig å se på hvordan de ulike rabattvilkårene er utformet, herunder om det dreier seg om individualiserte eller standardiserte volumrabatter. De individualiserte volumrabattene vil ha et sterkere incentiv til lojalitet enn de standardiserte.⁸³ Dette er fordi det dominerende foretaket ved utformingen av denne typen rabattsystem vil ta utgangspunkt i kundens totale innkjøpsbehov. Ved å fastsette rabattens størrelse som en prosentandel av den enkelte kundens totale innkjøp, oppnås maksimal lojalitet.⁸⁴

For å vurdere om rabattsystemet har lojalitetsskapende effekt, er det også relevant å se om kundene har full oversikt over terskelen og rabatten, eller ikke.⁸⁵ Usikkerheten rundt rabattsystemet kan være med på å skape ytterligere incentiver til lojalitet der kundene ikke ønsker å ta noen risiko knyttet til oppnåelse av rabatten. At dette er et relevant vurderingstema kom frem i Michelin I, der retten uttalte at det forhold at verken rabattskalaen eller terskelen for å oppnå rabatten ble meddelt forhandlerne, var med på å skape en usikker situasjon slik at forhandlerne ikke visste

⁸² Sak T-219/99 British Airways mot Kommisjonen [2003], premiss 272.

⁸³ Diskusjonsnotatet avsnitt 158.

⁸⁴ Se sak 85/76 Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen, premiss 89 og 90, og sak T-65/89 BPB British Industries mot Kommisjonen, premiss 68.

⁸⁵ Diskusjonsnotatet avsnitt 160.

”with any confidence the effect of attaining their targets or failing to do so”.⁸⁶

Selv om disse momentene ikke er avgjørende i vurderingen av om en rabatt har lojalitets-skapende virkning, viser eksemplene fra rettspraksis at de likevel kan trekkes inn der det fremstår som naturlig på bakgrunn av sakens faktum.

4.1.3 Kundens frihet til å velge leverandør

Ved vurderingen om rabatten skaper lojalitetsbindinger i strid med artikkel 102, er det etter domstolens praksis også viktig å se hen til om den påvirker kundenes frihet ved valg av leverandør. Dersom rabattordningen binder kundene til det dominerende foretaket, mister kundene denne valgfriheten. Når kundene ikke lenger fritt kan velge hvilke tilbydere de ønsker å handle med, vil konkurrerende tilbydere av det dominerende foretaket bli presset ut av markedet som en følge av lojalitetsrabatten. Her ser vi igjen likheten mellom lojalitetsrabatter og eksklusivavtalene.

Irish Sugar er et eksempel fra rettspraksis som vurderer individuelt fastsatte volumrabatter, og hvordan disse ekskluderer konkurrenter fra markedet. Irish Sugar gav blant annet målra-batter til noen av sine kunder. Førsteinstansretten fant at dette var i strid med TFEU artikkel 102, da rabatten alene hadde til formål å binde konkurrentene til foretaket, og med det stille konkurrentene dårligere i konkurransen.⁸⁷ Rabatten kunne heller ikke begrunnes i økonomiske effektivitetsfordeler. Retten mente at Irish Sugar med anvendelsen av rabatten, kun hadde til hensikt å binde kundene til selskapet, samt utelukke konkurrentene fra markedet.⁸⁸

⁸⁶ Sak 322/81 Michelin I [1983], premiss 83, se også premiss 84.

⁸⁷ Sak T-228/97 Irish Sugar mot Kommisjonen, premiss 213.

⁸⁸ Sak T-228/97 Irish Sugar mot Kommisjonen, premiss 214.

Michelin I er videre et godt eksempel på rabatter som hadde den virking at de hindret kundene fra fritt å velge sine leverandører. Michelin var leverandør av dekk til tunge kjøretøy til dekkforhandlere som også solgte andre merker. De førte et system som blant annet gav rabatter dersom forhandlerne betalte tidlig. Dette ble ansett som standardiserte rabatter - likt for alle forhandlerne og ble ikke rammet av TFEU artikkel 102. Michelin gav også en rabatt knyttet til årlige salgsmål som var unik for hver enkelt forhandler; individualiserte målrabatter. Salgsmålet ble i begynnelsen av hvert år satt spesielt for hver enkelt forhandler. Rabatten var i utgangspunktet rettet mot omsetningen og andelen av solgte Michelin dekk, og formålet var å sikre at forhandleren solgte flere Michelin dekk enn han hadde gjort året før. Mot slutten av hvert salgsår, presset Michelin representanten forhandleren til å legge inn bestilling slik at han oppnådde full rabatt. Kommisjonen fant at dette systemet krenket TFEU artikkel 102, og avgjørelsen ble opprettholdt av EU-domstolen.

Domstolen pekte særlig på at i en situasjon som denne, er kundene forhindret fra å fritt velge andre leverandører eller gunstige tilbud, fordi det vil medføre en merkbar økonomisk ulempe for dem. Dette vanskeliggjør forhandlernes valgmuligheter med hensyn til innkjøp, og hindrer samtidig konkurrerende foretaks adgang til markedet.⁸⁹ Domstolen fant at ved å binde kundene til foretaket på denne måten, misbrukte Michelin sin posisjon som dominerende i markedet.⁹⁰

I Michelin II ble derimot standardiserte målrabatter også ansett å innebære misbruk av dominerende stilling, og brudd på TFEU artikkel 102. Dette var første gang standardiserte målrabatter ble ansett ulovlige av domstolene. Noe av grunnen til dette kan være at rabattene bestod av så mange nivåer - noen ganger inntil 60 - at de praktisk talt korresponderte med de fleste kundenes maksimale innkjøpsmengder. Videre, og kanskje avgjørende var

⁸⁹ Sak 322/81 Michelin I [1983], premiss 85.

⁹⁰ Sak 322/81 Michelin I [1983], premiss 86.

det at Kommisjonen mente at dette systemet utgjorde en risiko for at kundene pådro seg et tap dersom de ikke oppnådde den høyeste rabatten i løpet av året.⁹¹

Førsteinstansretten pekte i sin avgjørelse på at det følger av fast rettspraksis at et rabattsystem som søker å binde videreselgere til det dominerende foretaket gjennom fordeler som ikke kan begrunnes i økonomiske motytelser fra videreselgeren, og som gjør at denne ikke fritt kan velge sine leverandører, innebærer et misbruk av dominerende stilling som rammes av TFEU artikkel 102.⁹²

Friheten til å kunne velge leverandør er altså et viktig vurderingstema i analysen av om en lojalitetsrabatt er i strid med forbudet i TFEU artikkel 102, fordi det anses som særlig lojalitetsskapende dersom kundene blir fratatt denne muligheten.

4.1.4 Andre forhold

Andre forhold, for eksempel markedsforhold kan etter domstolenes oppfatning også komme inn som et moment i vurderingen av om det foreligger en lojalitetsrabatt.

I Michelin I, pekte EU-domstolen på at den lojalitetsbindingen rabattsystemet skapte, ble ytterligere forsterket av den store forskjellen mellom markedsandelene til Michelin og dennes største konkurrent på markedet. Dersom konkurrerende foretak ønsket å overta Michelin sine kunder, måtte de ta utgangspunkt i Michelins høye rabattsats, og være i stand til å tilby noe mer enn dette.⁹³ Selv om Michelins rabattsats i denne saken virket tilsynelatende liten, var det problematisk for konkurrentene å dekke de tap som ville oppstått i en rabattkonkurranse.

⁹¹ Sak OJ 2002 L143/1 Michelin II, premiss 218.

⁹² Sak T-203/01 Michelin II [2003], premiss 60.

⁹³ Sak 322/81 Michelin I [1983] premiss 82.

Domstolen trekker i Michelin I også frem at rabattsystemet bar preg av å være lukket, og at det stadig ble endret. I tillegg ble verken rabattskalaen eller salgsmålet, med de tilhørende rabatter, på noe tidspunkt meddelt forhandlerne skriftlig. Dette medførte at forhandlerne var i en usikker situasjon, og aldri sikkert kunne forutse hvilke følger det å oppfylle, eller ikke oppfylle, salgsmålet ville få.⁹⁴

I British Airways peker EU-domstolen på det presset foretaket satte på reisebyråene til å kjøpe billetter når referanseperioden nærmet seg slutten som et moment som trekker i retning av misbruk. Dette understrekes ytterligere når det dominerende foretaket, i likhet med tilfellet i Michelin I, har en stor markedsandel i forhold til sine konkurrenter:

”By reason of its significantly higher market share, the undertaking in a dominant position generally constitutes an unavoidable business partner in the market. Most often, discounts or bonuses granted by such an undertaking on the basis of overall turnover largely take precedence in absolute terms, even over more generous offers of its competitors. In order to attract the co-contractors of the undertaking in a dominant position, or to receive a sufficient volume of orders from them, those competitors would have to offer them significantly higher rates of discount or bonus”.⁹⁵

Flere foretak har ofte pekt på kundenes rett til å avslutte avtaleforholdet som et moment som taler *imot* at det foreligger misbruk av dominerende stilling. Dette var et av argumentene til British Gypsum i BPB Industries. Førsteinstansretten avviste dette argumentet, da retten til å si opp en avtale ikke på noen måte er til hinder for gjennomføringen, så lenge denne retten ikke er benyttet. Retten pekte også på at et foretak i en dominerende stilling

⁹⁴ Sak 322/81 Michelin I [1983] premiss 83.

⁹⁵ Sak C-95/04 P British Airways mot Kommisjonen [2007], premiss 75.

har en posisjon som gjør det mulig å påtvinge sine kunder å holde disse avtalene, slik at oppsigelsesretten blir illusorisk.⁹⁶

4.2 Lojalitetsrabattenes virkning på konkurransen

Dersom domstolen kommer frem til at rabatten er lojalitetsskapende, blir neste skritt i analysen å se på virkningene av lojalitetsrabatten. Spørsmålet er hva som kreves av denne virkningsvurderingen.

4.2.1 Negativ virkning på konkurransen

Spørsmålet om det kreves at rabattene har en negativ virkning på markedet og konkurransen, er det mest omtvistede temaet i analysen av om en lojalitetsrabatt er ulovlig eller ikke.

I Michelin I slo domstolen fast at en lojalitetsrabatt må vurderes på bakgrunn av de virkningene den har på konkurransen. Dette kommer frem i premiss 70 der domstolen peker på at TFEU artikkel 102 skal søke å forhindre atferd som er egnet til å påvirke strukturen på et marked, der konkurransen som følge av et dominerende foretaks dominerende stilling, allerede er svekket. Domstolen uttaler videre at det må ses hen til om atferden

”through recourse to methods different from those governing normal competition in products or services based on traders' performance, have the effect of hindering the maintenance or development of the level of competition still existing on the market”.⁹⁷

Utgangspunktet for virkningsanalysen av lojalitetsrabatter, er derfor å se om rabatten virker konkurransebegrensende på markedet.

⁹⁶ Sak T-65/89 BPB Industries mot Kommisjonen, premiss 73.

⁹⁷ Sak 322/81 Michelin I [1983], premiss 70.

I Irish Sugar tok Førsteinstansretten, og senere EU-domstolen⁹⁸, utgangspunkt i en virkningsvurdering av lojalitetsrabatten. Den slo fast at med bakgrunn i sakene BPB Industries og Michelin I, skulle retten vurdere samtlige omstendigheter, særlig kriteriene og nærmere regler for ytelser av rabatter. Videre skulle det avgjøres om leverandøren ved å gi en fordel som ikke er begrunnet i økonomiske omstendigheter, fjernet eller begrenset kjøperens muligheter til å fritt velge sin forsyningskilde, hindret konkurrentenes adgang til markedet, anvendte ulike vilkår for like ytelser eller styrket sin dominerende stilling ved å forvrenge konkurransen.⁹⁹

Førsteinstansretten viste her en foreløpig formell og virkningsbasert tilnærming til spørsmålet om lojalitetsrabattene var i strid med TFEU artikkel 102, i samsvar med EU-domstolens fremgangsmåte. Retten og Domstolen fulgte denne fremgangsmåten helt frem til saken i Michelin II skulle avgjøres av Førsteinstansretten i 2003.

I Michelin II kom Førsteinstansretten frem til at rabattsystemet Michelin hadde brukt, innebar lojalitetsbindinger. De gikk så over til å vurdere rabattsystemets virkninger på konkurransen, og uttalte i denne forbindelse at det var tilstrekkelig at et lojalitetsprogram

”tends to restrict competition, or in other words, that the conduct is *capable* of having that effect”.¹⁰⁰

Av denne uttalelsen kan man trekke den slutning at Førsteinstansretten mente at det ikke er nødvendig å påvise at rabattene faktisk har virket negativt på konkurransen, det er tilstrekkelig at de *kan* ha denne virkningen, at det er *egnet* til det. Med denne uttalelsen strammet Førsteinstansretten inn vurderingen av lojalitetsrabatter i forhold til tidligere praksis, her-

⁹⁸ Sak C-497/99 P Irish Sugar mot Kommisjonen [2001].

⁹⁹ Sak T-228/97 Irish Sugar mot Kommisjonen, premiss 197.

¹⁰⁰ Sak T-203/01 Michelin II [2003] premiss 239 (min kursivering).

under Irish Sugar. Rettens vurdering viser at dersom retten finner at et rabattprogram har til kan, binde videreforhandlere til foretaket, vil dette være tilstrekkelig for Førsteinstansretten til å fastslå at det foreligger et misbruk i TFEU artikkel 102 forstand, og den vil ikke gå inn i en konkret virkningsvurdering.¹⁰¹ Etter Førsteinstansretten oppfattning, er det altså ikke nødvendig å faktisk påvise at lojalitetsrabatten har hatt eller kan ha negativ – eller positiv – effekt på markedet.

Dette var første skritt i retnings av at fellesskapsdomstolene begynte å legge til grunn, eller presumere, at lojalitetsrabatter var ulovlig i kraft av å være nettopp lojalitetsrabatter. Denne ene avgjørelsen var likevel ikke tilstrekkelig til å fastslå at det hadde skjedd en retningsendring, og man ventet derfor på avgjørelser som kunne klargjøre rettstilstanden.

I British Airways fulgte Førsteinstansretten sin fremgangsmåte fra Michelin II. Dette kommer blant annet frem ved at premiss 241-247 i British Airways er nesten identisk med premiss 54-59 i Michelin II. En av ankegrunnene til British Airways, var at Kommisjonen ikke hadde foretatt en tilstrekkelig analyse av rabattsystemets virkninger, men kun hadde presumert at systemet hadde en ekskluderende effekt, og at denne fremgangsmåten blant annet var i strid med den fremgangsmåten EU-domstolen hadde tatt til ordet for i blant annet Hoffmann-La Roche og Michelin I. Hele 85 % av flybillettsalget i Storbritannia gikk gjennom reisebyråer, og Førsteinstansretten var av den oppfatning at et rabattprogram som innebar et misbruk i forhold til reisebyråene, også ville ha en ekskluderende effekt på konkurrerende flyselskaper i Storbritannia.¹⁰²

Når det gjaldt selve virkningen av rabattsystemet på konkurransen, var Førsteinstansretten her, som i Michelin II, av den oppfatning at det ikke var nødvendig å vise at rabattene fak-

¹⁰¹ Norsk konkurranserett bind I (2007), s.545.

¹⁰² Sak T-219/99 British Airways mot Kommisjonen [2003], premiss 295.

tisk hadde negativ virkning på konkurransen. For så vidt gjaldt virkningsvurderingen uttalte Retten at

” ...it is not necessary to demonstrate that the abuse in question had a concrete effect on the markets concerned. It is sufficient in that respect to demonstrate that the abusive conduct of the undertaking in a dominant position tends to restrict competition, or, in other words, that the conduct is *capable* of having, or likely to have, such an *effect*”.¹⁰³

Retten gjentok her uttalelsen fra Michelin I, om at det er tilstrekkelig at rabatten kan ha, eller er egnet til å ha en slik konkurransebegrensende virkning.

Spørsmålet blir videre hva som kreves av denne effektivurderingen etter foreliggende rettspraksis. Kreves det at det faktisk påvises negativ virkning, eller er det tilstrekkelig at atferden er egnet til å ha slik virkning på aktørene i markedet? Av avgjørelsene i Michelin I og British Airways er det klart at svaret trekker i retning av siste alternativ – det er ikke nødvendig å påvise at lojalitetsrabatten faktisk har en negativ virkning på markedet som sådan. Så lenge rabatten skaper lojalitetsbindinger mellom kundene og leverandørene, mener Førsteinstansretten at rabatten skal begrensnings i markedet, og dette er i seg selv tilstrekkelig til å konkludere med brudd på TFEU artikkel 102.

Førsteinstansretten viser med sin avgjørelse at det er en nær sammenheng mellom vurderingen av om et rabattprogram kan sies å binde kundene til det dominerende foretaket, og vurderingen av om programmet kan begrense konkurransen på markedet. Men, betraktningens måten er så formell, at man kan trekke konklusjonen i den retning av at de anså virkningene å være negative på bakgrunn av British Airways sin dominerende stilling i seg selv. Det var denne som la grunnen for presumpsjonen for virkninger i strid med TFEU

¹⁰³ Sak T-219/99 British Airways mot Kommisjonen [2003], premiss 293 og Norsk konkurranserett bind I (2007), s.546.

artikkel 102.¹⁰⁴ Når man så den dominerende stillingen i sammenheng med den lojalitetsbindingen rabatten innebar, var det i hvert fall ingen tvil.

Sett i sammenheng med Michelin II, viser dette at Førsteinstansretten legger en relativt formell analyse til grunn når den skal avgjøre om rabattsystemet rammes av TFEU artikkel 102. I British Airways gikk ikke retten inn i en konkret virkningsvurdering, fordi de kategoriserte lojalitetsrabatter som forbudt på bakgrunn av den virkningen de var egnet til å kunne ha på markedet, og med det avviste at det er nødvendig med en virkningsanalyse. Dette standpunktet stred også mot praksis fra EU-domstolen og innebærer en svært restriktiv og streng vurdering av dominerende foretaks rabattprogrammer. I teorien har det derfor vært uklart hvilken analyse man skal legge til grunn ved vurderingen av lojalitetsrabatter, og mange ventet på en avklaring fra EU-domstolen, da disse avgjørelsene fra Førsteinstansretten ikke var tilstrekkelig til å endre domstolens mer virkningsorienterte fremgangsmåte.

Den første avgjørelsen fra EU-domstolen som indikerte at det var en endring på gang, var saken i British Airways. British Airways anket Førsteinstansrettens avgjørelse inn for EU-domstolen, som opprettholdt Førsteinstansrettens avgjørelse.¹⁰⁵

En av ankegrunnene til British Airways var at Førsteinstansretten hadde anvendt TFEU artikkel 102 feil når den ikke hadde vurdert rabattens faktiske virkninger på markedet, og kun lagt formodningen om en slik virkning til grunn.¹⁰⁶ EU-domstolen pekte derimot på at Førsteinstansretten ikke hadde begått noen feil, og at de tydelig hadde klargjort hvilken funksjon British Airways sin rabatt ville ha.¹⁰⁷ Retten hadde, i følge EU-domstolen, med

¹⁰⁴ Norsk konkurranserett bind I (2007), s.547.

¹⁰⁵ Sak C-95/04 P British Airways mot Kommisjonen [2007].

¹⁰⁶ Sak C-95/04 P British Airways mot Kommisjonen, premiss 92 flg.

¹⁰⁷ Sak C-95/04 P British Airways mot Kommisjonen [2007], premiss 96, med henvisning til Førsteinstansrettens avgjørelse premiss 272 og 273.

dette fastslått at rabatten hadde lojalitetsskapende virkning, og det var derfor ikke nødvendig å foreta en nærmere vurdering av eventuelle virkninger.¹⁰⁸

Domstolen avviste også British Airways anke om at det må foretas en konkret vurdering av om rabatten faktisk medfører en skade for forbrukerne.¹⁰⁹

Avgjørelsen gav en indikasjon på at også EU-domstolen foretok en innstramming i sin tolkning av lojalitetsrabatter, og nå anså disse for å være ulovlige så lenge de ble ansett lojalitetsskapende. Dette var likevel heller ikke tilstrekkelig til å fastlå at det faktisk hadde skjedd en retningsendring, og mange har ventet på en endelig avklaring fra EU-domstolen.

I Tomra saken, fra april 2012, kom EU-domstolen med en viktig avgjørelse. Tomra er produsent av panteautomater, og ble i 2001 klaget inn for Kommisjonen på grunn av mistanke om misbruk av dominerende stilling ved å hindre konkurrerende selskaper å få tilgang til markedet. Tomra hadde i kontrakter med sine kunder anvendt retroaktive rabatter.

Kommisjonen slo i 2006 fast at Tomra hadde krenket TFEU artikkel 102 og EØS-avtalen artikkel 54, ved å føre en utelukkelsesstrategi på det tyske, nederlandske, svenske, østerrikske og norske markedet for panteautomater ved å inngå blant annet individuelle rabatter med retroaktiv virkning, og med det lukket markedet for konkurrentene.

EU-domstolen gav med Tomra-saken sin tilslutning til Førsteinstansrettens fremgangsmåte i Michelin II og British Airways. EU-domstolen opprettholdt Kommisjonens og Førsteinstansrettens avgjørelser om at Tomras bruk av rabatter innebar et misbruk av dominerende stilling.

¹⁰⁸ Sak C-95/04 P British Airways mot Kommisjonen [2007], premiss 98-101.

¹⁰⁹ Sak C-95/04 P British Airways mot Kommisjonen [2007], premiss 106 og 107.

Domstolen påpekte innledningsvis at ved analysen av om det foreligger et misbruk i strid med TFEU artikkel 102, skal domstolene ta stilling til alle relevante faktiske omstendigheter rundt denne atferden, og viser til sin egen dom i British Airways.¹¹⁰

For rabattenes karakter av misbruk, slo domstolen fast at Førsteinstansretten

”was correct to observe, in paragraph 289 of the judgment under appeal, that, for the purposes of proving an abuse of a dominant position within the meaning of Article 102 TFEU, it is sufficient to show that the abusive conduct of the undertaking in a dominant position tends to restrict competition or that the conduct is capable of having that effect”.¹¹¹

EU-domstolen tilsluttet seg her Førsteinstansrettens fremgangsmåte, og bekrefter at det er tilstrekkelig å bevise at en atferd *kan* ha, eller er *egnet* til å ha en konkurransebegrensende effekt på markedet.

Domstolen påpeker videre at et foretak misbruker sin dominerende stilling når den binder kjøpere til seg, enten ved avtaler med kjøperne eller gjennom bruk av rabattsystemer som gir kjøperne incentiver til å foreta hele eller en vesentlig del av sinn innkjøp hos det dominerende foretaket, og viser blant annet til avgjørelsene i Hoffmann-La Roche og Michelin I. Videre slår domstolen fast at i motsetning til hva Tomra hevder, er negative priser, altså priser under kostpris, hos kundene ikke en forutgående betingelse for å fastslå at en dominerende virksomhets retroaktive rabatter har karakter av misbruk.¹¹²

Etter å ha gått gjennom Førsteinstansrettens drøftelse av saken, konkluderte EU-domstolen med at Førsteinstansretten korrekt har konkludert med at lojalitetsmekanismen i rabattsys-

¹¹⁰ Sak C-549/10 P Tomra mot Kommisjonen, premiss 18, jf sak C-95/04 P British Airways mot Kommisjonen [2007], premiss 67.

¹¹¹ Sak C-549/10 P Tomra mot Kommisjonen, premiss 68.

¹¹² Sak C-549/10 P Tomra mot Kommisjonen, premiss 73.

temet lå i Tomras mulighet til å tilegne seg den resterende delen av konkurransen i markedet. Domstolen uttalte deretter:

”When such a trading instrument exists, it is therefore unnecessary to undertake an analyse of the actual effects of the rebates on competition given that, for the purposes of establishing an infringement of Article 102 TFEU, it is sufficient to demonstrate that the conduct at issue is *capable* of having an effect on competition, as recalled in paragraph 68 of this judgment”.¹¹³

EU-domstolen avviste på dette grunnlag Tomras klage om at Kommisjonen ikke hadde foretatt en tilstrekkelig virkningsvurdering. Domstolen finner at Kommisjonens har godtgjort at det foreligger misbruk av dominerende stilling på grunnlag av betraktninger nevnt i Kommisjonens dom premiss 260-264, og Førsteinstansretten har korrekt fastslått at denne analysen var egnet og tilstrekkelig til å fastslå at det forelå misbruk i strid med TFEU artikkel 102. Domstolen uttalte videre at

”neither the Commission nor the General Court was obliged to examine the question of whether the prices charged by the Tomra group were or were not lower than their long-run average incremental costs, and accordingly this ground of appeal must fail in the context of the present appeal”.¹¹⁴

Med dette utsagnet slo domstolen fast at det var ikke nødvendig å foreta en vurdering av rabattsystemets virkning på markedet, det var tilstrekkelig at de var *egnet* til å virke ekskluderende på Tomras konkurrenter. EU-domstolen anså her retroaktive rabatter som ulovlige i kraft av å være nettopp retroaktive, uten at de vurderte om disse faktisk hadde en negativ virkning på konkurransen.

¹¹³ Sak C-549/10 P Tomra mot Kommisjonen, premiss 79 (min kursivering).

¹¹⁴ Sak C-549/10 P Tomra mot Kommisjonen, premiss 80.

4.2.2 Norsk praksis

Det kan videre spørres hvordan lojalitetsrabatter er løst i norsk praksis. Det finnes ikke mye praksis fra norske domstoler om lojalitetsrabatter, men en viktig sak som ble avgjort i 2011 er Tine-saken. Bakgrunnen for tvisten var en klage fra Synnøve Finden vedrørende Tine BAs bruk av lojalitetsrabatter ved salg av hvitost til smelteostproduksjonen til Kavli, og med det knyttet kundene eksklusivt til foretaket. Synnøve Finden mente dette var i strid med konkurranseloven § 11 (daværende § 3-10), som tilsvarer TFEU artikkel 102.

Konkurransetilsynet fattet et vedtak der de forbød Tine BA og deres fem meierier å gi industrikunder kumulative volumrabatter eller tilsvarende lojalitetsskapende ordninger ved kjøp av hvitost.¹¹⁵ Tine anket tilsynets vedtak inn for tingretten, som opphevet vedtaket fordi den ikke fant at Tines avtaler stred mot krrl § 11. Konkurransetilsynet anket videre til lagmannsretten, som frifant Tine etter § 10, men dømte for brudd på § 11. Tine anket avgjørelsen inn for Høyesterett og deler av anken retter seg mot utilbørighetskravet i § 11 og domstolens vurdering av at atferdens konkurransebegrensende virkninger.

Førstvoterende, som var en del av flertallet, uttalte at ved vurderingen av om det foreligger et misbruk i strid med krrl § 11, må det foretas en konkret vurdering, basert på forholdene i den enkelte sak.¹¹⁶ Men, førstvoterende fant at Tine ikke hadde misbrukt sin dominerende stilling, og gikk derfor ikke inn i en konkret virkningsvurdering.

Mindretallet mente derimot at det forelå brudd på krrl § 11 og at Tine hadde misbrukt sin dominerende stilling. Sentralt for annenvoterende var blant annet at Tine med sin avtale med Rema ble eneleverandør. Selv om Rema stod fritt til å handle med hvem som helst, ble ikke dette ansett avgjørende når Tine reelt sett fikk eksklusivavtale.

¹¹⁵ Vedtak 2004-10 Tine BA.

¹¹⁶ Rt.2011.910, premiss 72.

Annenvoterende konstaterte at Tines atferd innebar et misbruk. Deretter gikk han videre til å behandle Tines anførsel om at det må påvises virkninger på markedet for at misbruk kan konstateres.

I sin virkningsvurdering tar annenvoterende utgangspunkt i Kommisjonens Veiledningsnotat, og sier at svaret på om en atferd er utilbørlig,

”beror på en sammensatt vurdering - også når man fokuserer på virkningssiden av utilbørlighetskriteriet”.¹¹⁷

Annenvoterende stiller spørsmål om det i det hele tatt er nødvendig å påvise en negativ virkning på markedet når man står overfor en dominerende aktør i en eneleverandørposisjon.¹¹⁸ Annenvoterende mente dette er tilfellet, men pekte på at det kravet til virkningene ved slike eneleverandøravtaler og tilnærmet eneleverandøravtaler ikke er store. På denne bakgrunn fant han at det ikke er

”nødvendig å ta stilling til om det samme må gjelde for den typen faktiske eneleverandørposisjon som Tine kom i, ettersom jeg uansett kommer til at Tines handlinger har hatt tilstrekkelig innvirkning på markedet til at konkurranseloven § 11 kan være overtrådt”.¹¹⁹

Denne avgjørelsen har ikke klargjort den norske rettstilstanden, da det ikke er klart hvilken fremgangsmåte førstvoterende ville valgt dersom han hadde kommet til at Tine ikke hadde misbrukt sin dominerende stilling.

Hva kreves så av virkningsvurderingene, på bakgrunn av den praksis som foreligger? Etter de siste avgjørelsene fra fellesskapsdomstolene må det kunne sies at det ikke kreves særlig mye. Det er tilstrekkelig at lojalitetsrabatten kan ha, eller er egnet til å ha negativ virkning

¹¹⁷ Rt.2011.910, premiss 106.

¹¹⁸ Rt.2011.910, premiss 107.

¹¹⁹ Rt.2011.910, premiss 107.

på markedet. Dersom domstolene kommer frem til at rabattene skaper lojalitetsbindinger mellom det dominerende foretaket og deres kunder, presumeres det at lojalitetsrabatten har slik negativ virkning på markedet. Av praksis ser vi også at det ikke undersøkes hvilken effekt rabatten har på forbrukere, også her presumeres det at fordi rabattordningen er lojalitetsskapende, antas den å være til skade for forbrukere.¹²⁰

4.3 Kommisjonens retningslinjer

Kommisjonen komme stadig med retningslinjer og veiledninger knyttet til spørsmålet om misbruk av dominerende stilling i strid med TFEU artikkel 102. De viktigste retningslinjene er Diskusjonsnotatet fra 2005 og Veiledningen fra 2008. Først skal jeg se på rettskildeværdien av disse retningslinjene. Deretter ser jeg på innholdet i retningslinjene, og om det kan hentes veiledning fra disse i spørsmålet om hva som er korrekt fremgangsmåte i analysen av lojalitetsrabatter.

4.3.1 Rettskildeværdien av Kommisjonens retningslinjer

Kommisjonens retningslinjer har til formål å gi veiledning om tolkning og anvendelse av EU-rettens ulike regelsett, blant annet slik at landene som er tilknyttet EU kan utvikle en felles forståelse og anvendelse av fellesskapsrettens regler.

Domstolene viser sjelden til Kommisjonens retningslinjer, og det må da stilles spørsmål om hva som er grunnen til dette, herunder rettskildeværdien av retningslinjene.

Hovedformålet med retningslinjene er å veilede konkurransemyndighetene om hvilke kriterier som skal vektlegges i vurderingen om en sak skal fremmes for domstolen.¹²¹ Dette slås fast av Kommisjonen innledningsvis i Veiledningen, samtidig som det påpekes at denne

¹²⁰ Sak C-95/04 P British Airways mot Kommisjonen [2007].

¹²¹ Veiledningen avsnitt 2 og 3.

ikke har rettskildemessig verdi i forhold til selve analysen av artikkel TFEU 102 og misbruksvurderingen.¹²²

Retningslinjene skal ikke gi uttrykk for hva som er riktig fremgangsmåte, det er i siste instans opp til domstolen å tolke rettsreglene, og domstolen skal ikke føle seg bundet av Kommisjonens uttalelser. Men, Veiledningen, eller prioriteringsmeddelelsen som den også kalles, skal veilede om hva som skal til for at saker skal fremmes for domstolene, og det vil derfor være nødvendig å vise hva som skal til for at det foreligge slik misbruk av dominerende stilling som er i strid med TFEU artikkel 102. Herunder blir det nødvendig å komme med uttalelser om hva som faktisk utgjør slik misbruk av dominerende stilling. Retningslinjene vil derfor bære preg av å ha betydning for selve tolkningen av TFEU artikkel 102.

Et eksempel fra praksis på domstolenes holdning til Kommisjonens retningslinjer kom i forbindelse med ankesaken til British Airways.

Da British Airways anket sin avgjørelse inn for EU-domstolen, kom generaladvokat Kokott med bemerkninger knyttet til retningslinjenes rettskildeværdi.¹²³

I avsnitt 28 i sitt forslag til avgjørelse, uttaler hun at det er uvesentlig hvilken Kommisjonen har med å definere sin konkurransepolitikk i forhold til fremtidig tolkning av TFEU artikkel 102. Enhver ny anvendelse av TFEU artikkel 102 vil kun ha relevans for fremtidige avgjørelser av Kommisjonen, og har ikke relevans for allerede avgjorte beslutninger. Denne uttalelsen kom i forbindelse med at Kommisjonen ønsket å legge vekt i uttalelser fra Diskusjonsnotatet fra 2005.

¹²² Veiledningen avsnitt 2 og 3.

¹²³ Kokott (2006).

Kokott uttaler videre at dersom Kommisjonen skulle endre sin eksisterende administrative praksis

”the Commission would still have to act within the framework prescribed for it by Article 82 EC as interpreted by the Court of Justice”.¹²⁴

Generaladvokaten viser med denne uttalelsen av Kommisjonen vil være nødt til å følge de retningslinjer og tolkingsmomenter som er utarbeidet av EU-domstolen, og ikke omvendt.

I Tomra saken viste Tomra til Veiledningen i den delen av anken som gjaldt vurderingen av retroaktive lojalitetsrabatter. De påstod at med bakgrunn i Veiledningen og Kommisjonens uttalelser, skulle det foretas en sammenligning av prisene og kostnadene, når et påstått misbruk følger av et dominerende foretaks pris og rabattpolitikk.¹²⁵

Som svar på Tomras anførsel om manglende vektlegging av Veiledningen, uttalte domstolen kort at det ikke var tvilsomt at det i dette tilfellet ikke skulle foretas en nærmere analyse av priser og omkostninger. De viser også til uttalelser fra generaladvokat Mazák i hans forslag til avgjørelse.¹²⁶

Generaladvokat Mazák uttalte om bruk av Veiledningen:

”How the Commission intends to make adjustments to the future implementation of its competition policy in relation to Article 102 TFEU is irrelevant. Indeed, any new emphasis in the application of that provision is potentially relevant only to future decisions adopted by the Commission, but not to the legal assessment of a decision already taken in 2006”.¹²⁷

¹²⁴ Kokott (2006), avsnitt 28.

¹²⁵ Sak C-549/10 P Tomra mot Kommisjonen, premiss 51 og 52.

¹²⁶ Sak C-549/10 P Tomra mot Kommisjonen, premiss 81 jf. Mazák (2012).

¹²⁷ Mazák (2012), premiss 37.

Når fellesskapsdomstolene ikke legger så stor vekt på Kommisjonens uttalelser, hvilken vekt skal da norske domstoler legge på denne rettskilden? Kommisjonens retningslinjer vil nok ha større verdi for de nasjonale myndighetene i EU-landene når de skal tolke EU-reglene, enn det vil ha for Førsteinstansretten og EU-domstolen. Det er disse to instansene som bruker disse reglene regelmessig, og det er deres oppgave å utvikle EU-retten. Dette er ikke oppgaven til nasjonale domstoler. De vil heller ikke bli stilt overfor slike spørsmål like ofte. Nasjonale domstoler vil derfor ha større behov for å se hen til flere rettskilder når de blir stilt overfor konkurranserettslige spørsmål. Men, også disse bør legge mer vekt på fellesskapsdomstolene – særlig EU-domstolens – avgjørelser og fremgangsmåte enn Kommisjonens retningslinjer.

4.3.2 Innholdet i Kommisjonens retningslinjer

Kommisjonen gir i sine retningslinjer forslag til hvordan lojalitetsrabatter skal vurderes. I Kommisjonens diskusjonsnotat fra 2005 premiss 151-169 kommer Kommisjonen med en rekke forslag til hvordan håndtere ulike typer rabatter og rabattsystemer. Diskusjonsnotatet foreslår en rekke viktige modifikasjoner i forhold til institusjonenes gjeldende praksis. Kort fortalt ser Kommisjonen her på flere positive sider ved lojalitetsrabatter.¹²⁸ For det første anser Kommisjonen lojalitetsrabatter for å ha flere konkurransefremmende egenskaper. For det andre peker den på at flere typer lojalitetsrabattprogrammer er harmløse, selv om de gis av et foretak med en dominerende markedsstilling. For det tredje kommer de med et forslag til en mer virkningsbasert analyse for tilnærmingen av misbruksspørsmålene.¹²⁹ Flere deler av Diskusjonsnotatet var gunstig for tolkningen og vurderingen av rabattsystemer, men det er også sterkt kritisert.¹³⁰ Dette gjaldt for det første den omfattende bruk av presumpsjo-

¹²⁸ O'Donoghue (2006), s.375.

¹²⁹ O'Donoghue (2006), s.375.

¹³⁰ Jones (2011), s.451.

ner.¹³¹ For det andre gjaldt kritikken det kompliserte rammeverket som ble anvendt for å vurdere betingede rabatter, fordi det ble ansett å være nesten umulig å anvende i praksis.¹³²

Veiledningen, som kom i desember 2008, følger opp innholdet i Diskusjonsnotatet og peker på viktigheten av Kommisjonens vurdering av om det foreligger konkurransebegrensende virkninger, men kommer med en mindre komplisert forslag til metode. Likevel, metoden byr fortsatt på problemer.

Veiledningen gir i avsnittene 37-45 en forklaring på det Kommisjonen kaller ”conditional rebates”, altså betingede rabatter. Den definerer slike rabatter som rabatter gitt til kunder som belønning for innkjøp. Videre uttaler Kommisjonen:

”The usual nature of a conditional rebate is that the customer is given a rebate if its purchases over a defined reference period exceed a certain threshold, the rebate being granted either on all purchases (retroactive rebates) or only on those made in excess of those required to achieve the threshold (incremental rebates)”.¹³³

Hovedspørsmålet Kommisjonen stiller, er hvilken pris en konkurrent må tilby for å kompensere for tapet av rabatten dersom konkurrenten ønsker at kunden skal handle hos seg og ikke det dominerende foretaket.

Kommisjonen bruker uttrykkene omtvistede og ikke-omtvistede andeler av en kundes behov. Den ikke-omtvistelige andelen referer til den delen kunden vil kjøpe fra det dominerende foretaket uansett, for eksempel hvis det dreier seg om et produkt kunden er avhengig av. Den omtvistelige andelen referer til den andelen kundene kanskje kunne tenke seg å

¹³¹ Jones (2011), s.451.

¹³² O’Donoghue (2006), s.398 og 399.

¹³³ Veiledningen avsnitt 37.

kjøre, eller kunne akseptere et substituttprodukt av.¹³⁴ Kommisjonen frykter at et dominerende foretak vil gi rabatter til sine kunder ved å utnytte den omtvistelige andelen, ved å senke prisen på denne typen produkter.¹³⁵ De mener at konkurransen på markedet vil bli begrenset hvis retroaktive rabatter gjør det mindre attraktivt for kunder å kjøpe den omtvistede delen av sitt totale behov hos andre foretak enn det dominerende. Kommisjonens løsning på dette problemet, er å forsøke å beregne "the relevant range", altså den delen av en kundes behov som kan kjøpes hos andre forhandlere, og finne prisen konkurrerende foretak må tilby for at dette skiftet av leverandør ikke skal medføre tap for kunden.¹³⁶ Utfordringen blir her å finne en pris som dekker de konkurrerende foretakenes kostnader, hvis ikke vil det medføre tap for foretaket som igjen kan føre til at det må forlate markedet.¹³⁷

Kommisjonen trekker også frem viktigheten av å skille mellom retroaktive og merkjøpsrabatter ved beregningen av det aktuelle området. Grunnen til dette skillet er forskjellen mellom disse rabattypene:

"For incremental rebates, the relevant range is normally the incremental purchases that are being considered. For retroactive rebates, it will generally be relevant to assess in the specific market context how much of a customer's purchase requirements can realistically be switched to a competitor (the "contestable share" or "contestable portion")."¹³⁸

Dette betyr at dersom kundene har mulighet, er villige til å bytte leverandør raskt, og gjøre dette for en stor del av sitt behov, betyr det at "den relevante andelen" er stor. Motsatt vil

¹³⁴ Jones (2011), s.452.

¹³⁵ Veiledningen avsnitt 39.

¹³⁶ Veiledningen avsnitt 41 og 42.

¹³⁷ Veiledningen avsnitt 44.

¹³⁸ Veiledningen avsnitt 42.

den relevante andelen være mindre dersom kundene kun er villige til å bytte leverandør for en liten del av sitt totale behov.¹³⁹

Selv om Veiledningen byr på en noe mindre komplisert fremgangsmåte enn Diskusjonsnotatet, vil nok Kommisjonens metode fortsatt være vanskelig å gjennomføre i praksis.¹⁴⁰ Metoden kan være god dersom foretakene følger den i fastsettingen av sin prispolitikk, men dette krever mye ekstra arbeid fra foretakets side. Man må alltid ha i bakhodet at foretak ofte vil feilvurdere om deres forretningspolitikk er lovlige eller ikke, og de vil ofte ta sjansen på å gjennomføre et rabattsystem som befinner seg på grensen mellom lovlig og ulovlig atferd.¹⁴¹

En annen ting som kan virke problematisk med den fremgangsmåten Kommisjonen foreslår, er at den ikke kommer med noen konkret beskrivelse av hvordan man skal bestemme denne omtvistede andelen.¹⁴² Dette kan føre til at det blir vanskelig for foretakene å foreta utregningen av kostnadene. Heller ikke i økonomisk teori synes det å være enighet om hvordan dette skal gjøres. Rettslig sett, innebærer dette et stort problem dersom Kommisjonen forventer at metoden skal brukes for å vurdere lovligheten av rabattsystemer. Denne usikkerheten fører til uklarheter i næringslivet og usikkerhet blant bedriftene om hvor langt de kan strekke sin rabattpolitikk.¹⁴³

¹³⁹ Veiledningen avsnitt 42.

¹⁴⁰ Jones (2011), s.452.

¹⁴¹ Jones (2011), s.453.

¹⁴² L. Kjølbe (2010), avsnitt 73-80.

¹⁴³ L. Kjølbe (2010), avsnitt 73-80.

5 Diskriminerende rabatter

Lojalitetsrabatter kan være diskriminerende. TFEU artikkel 102 c bestemmer at misbruk av en dominerende stilling blant annet kan bestå i anvendelse av ulike vilkår for ytelser av samme verdi overfor handelspartnere. Dette vil gi dem en fordel i konkurransen, og er forbudt. TFEU artikkel 102 c skal, i sammenheng med TFEU artikkel 3 (1) g, sikre at konkurransen på markedet ikke forvrenges.¹⁴⁴ Formålet med dette kapittelet er å vise hva domstolene legger vekt på i vurderingen av om diskriminerende rabatter utgjør et misbruk av dominerende stilling.

Vurderingen av diskriminerende rabatter består av to elementer; forskjellsbehandling og betydningen av konkurranse på nedstrømsmarkedet. Diskriminerende rabatter kan ha ekskluderende virkning mellom tilbydere på markedet og diskriminerende virkning mellom tilbyderens kunder på nedstrømsmarkedet. I praksis slås lojalitetsvurderingen og diskrimineringsvurderingen sammen.

En lojalitetsrabatt kan virke diskriminerende ved at det gis ulike vilkår til kunder som handler med like ytelser. EU-domstolen fastslo i Portugisiske flyplasser at artikkel TFEU 102 c kom til anvendelse der et dominerende foretak gir ulike rabattvilkår på sammenlignbare ytelser.¹⁴⁵ Diskriminerende rabatter kan også virke ekskluderende på konkurrenter av det dominerende foretaket ved at kundene velger å forholde seg eksklusivt til det dominerende foretaket, og dermed ekskluderes andre konkurrenter fra markedet.¹⁴⁶ Det eksisterer altså en nær sammenheng mellom vurderingen av lojalitetsrabatter og diskriminerende rabatter, og dette er grunnen til at de ikke skilles fra hverandre i misbruksvurderingen.

¹⁴⁴ Se blant annet uttalelse i sak C-95/04 P British Airways mot Kommisjonen [2007], premiss 106.

¹⁴⁵ Sak C-163/99 Portugisiske flyplasser.

¹⁴⁶ Norsk konkurranserett bind I (2007), s.594.

Suiker Unie er videre et godt eksempel på at diskriminerende rabatter ble ansett å være i strid med TFEU artikkel 102 c. Domstolen slo kort fast at ved å gi ulike priser til kunder som kjøpte samme mengde sukker, gav foretaket

”... dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties' within the meaning of Article [102] (c) of the Treaty”.¹⁴⁷

Lojalitetsrabatten innebar et misbruk av to grunner; den var diskriminerende mot kunder som ikke handlet eksklusivt med foretaket da disse ikke hadde mulighet til å oppnå samme rabatt som de som handlet eksklusivt, og det virket ekskluderende på foretakets konkurrenter. Sistnevnte viste seg ved at konkurrentene var nødt til å tilby lavere priser på sine produkter for å være i stand til å kompensere kundene ved et eventuelt leverandørskifte.¹⁴⁸ Domstolen foretok så en misbruksvurdering, der den ikke skilte mellom de to misbruksgrunnene.

Et annet eksempel på at rabatter kan virke diskriminerende, er Førsteinstansrettens avgjørelse i Irish Sugar.¹⁴⁹ I denne saken ble det gitt en spesiell grenserabatt til sukkerforhandlere som var lokalisert langs grensen mellom Nord-Irland og Irland. Formålet med rabatten var å minske importen av sukker fra andre land, slik at disse forhandlerne heller kjøpte sukker fra det dominerende foretaket. Grenserabatten ble gitt uavhengig av objektive økonomiske faktorer som for eksempel kundens salgsvolum. Rabatten ble gitt og tilpasset når det var mulighet for at prisforskjellen mellom Nord-Irland og Irland var antatt å være så stor at det førte til salg på tvers av grensene.

¹⁴⁷ Forenede saker 40/73 Suiker Unie mot Kommisjonen, premiss 523.

¹⁴⁸ Jones (2011), s. 430.

¹⁴⁹ Sak T-228/97 Irish Sugar mot Kommisjonen.

Førsteinstansretten slo fast, som Kommisjonen, at Irish Sugar her hadde anvendt ulike vilkår for like ytelser overfor sine handelspartnere, slik at noen dermed ble stilt dårligere i konkurransen. Domstolen uttalte videre:

”By conducting itself in that way, the applicant abused its dominant position in the retail sugar market in Ireland, by preventing the development of free competition on that market and distorting its structures, in relation to both purchasers and consumers”.¹⁵⁰

Den diskriminerende virkningen rabatten kunne ha på utenlandske konkurrentene, ble ansett å være et misbruk som rammes av TFEU artikkel 102, fordi den kunne ha en ekskluderende virkning på utenlandske konkurrenter. I tillegg er denne avgjørelsen et godt eksempel på at rabattene virket negativt på konkurransen mellom foretakets kunder, da ikke alle kundene av Irish Sugar hadde mulighet til å benytte seg av de lave salgsprisene.

I Kommisjonens avgjørelse i British Airways ble rabattsystemene også ansett for å være diskriminerende i strid med TFEU artikkel 102 c, fordi det ble gitt ulike vilkår til de forskjellige reisebyråene. British Airways gav ulike provisjonssatser til reisebyråene, alt etter som byråene hadde oppfylt sine salgsmål innenfor referanseperioden. Dette ble av Kommisjonen ansett å forvrenge konkurransen mellom reisebyråene.¹⁵¹

Avgjørelsen ble opprettholdt av Førsteinstansretten og EU-domstolen, og Domstolen slo i sin avgjørelse fast at de tidligere instanser med rette hadde lagt til grunn at reisebyråenes tjenester – altså salg av billetter – var like ytelser, og det var diskriminerende at British Airways behandlet disse ulikt ved å gi ulike belønninger.¹⁵²

¹⁵⁰ Sak T-228/97 Irish Sugar mot Kommisjonen, premiss 188.

¹⁵¹ OJ L30/1 4 CMLR 999 Virgin/British Airways [2000], premiss 108-111.

¹⁵² C-95/04 P British Airways mot Kommisjonen [2007], premiss 136-140.

British Airways argumenterte med at diskrimineringsvurderingen ikke var tilstrekkelig fordi Førsteinstansretten hadde vært for rask til å konstatere misbruk når det forelå forskjellsbehandling. British Airways mente at det krevdes konkrete bevis for at noen ble bedre stilt i konkurransen. Domstolen avfeide dette argumentet, og pekte på at det ikke var nødvendig å foreta en nærmere virkningsvurdering. De mente at det var tilstrekkelig at det foretak som diskrimineres - og med det gis en økonomisk ulempe - møter konkurranse fra andre kunder av det dominerende foretaket som gis bedre betingelser, for at det skal anses stilt ugunstigere i konkurransen.¹⁵³

TFEU artikkel 102 c fokuserer altså på virkning av ulik behandling på konkurranseevnen til de foretak som diskrimineres. Det bør derfor være tilstrekkelig å vise at de kunder som forskjellsbehandles, mister muligheten til å konkurrere med sine konkurrenter. En kunde som diskrimineres vil bli stilt ”ugunstigere i konkurransen”, og dette er tilstrekkelig å påvise for å konstatere misbruk av dominerende stilling. Det er ikke virkningene på markedet som sådan som er avgjørende, og derfor er det ikke nødvendig å foreta en analyse av eventuelle virkninger på nedstrømsmarkedet.¹⁵⁴

6 Objektiv begrunnelse

TFEU artikkel 102 inneholder ikke en unntaksbestemmelse på lik linje med TFEU artikkel 101 (3). Ordlyden i artikkelen gir heller ingen mekanisme for å vurdere positive eller negative virkninger av et foretaks atferd kan rettferdiggjøre lojalitetsrabatten. EU-domstolen har imidlertid innfortolket en lære om objektiv begrunnelse i misbruksbegrepet i TFEU artikkel

¹⁵³ Norsk konkurranserett bind I (2007), s.602 jf. sak T-219/99 British Airways mot Kommissjonen [2003], premiss 238, jf. C-95/04 P British Airways mot Kommissjonen [2007], premiss 146-149.

¹⁵⁴ Norsk konkurranserett bind I (2007), s.604.

102.¹⁵⁵ Læren om objektiv begrunnelse er et generelt verktøy domstolen bruker for å skille mellom lovlig markedsatferd og misbruk, den ikke direkte knyttet til en bestemt misbruks-type.¹⁵⁶ Læren åpner for at handlinger som har karakter av misbruk, likevel ikke rammes av forbudet i TFEU artikkel 102 dersom det dominerende foretaket kan påvise en objektiv begrunnelse for atferden.¹⁵⁷ I dette kapitlet skal jeg gi en fremstilling av hva som kan utgjøre en relevant objektiv begrunnelse.

Objektiv begrunnelse er en del av misbruksanalysen.¹⁵⁸ Praksis fra EU-domstolens viser at objektiv begrunnelse kan brukes ved ulike former for rabattordninger, se for eksempel Michelin I og II som gjaldt henholdsvis individualiserte og standardiserte lojalitetsrabatter. At man sier at begrunnelsen må være ”objektiv”, som en motsetning til ”subjektiv”, betyr at den må kunne forankres i de faktiske og konkrete omstendighetene knyttet til det dominerende foretakets atferd. Begrunnelsen skal ikke ses i sammenheng med foretakets subjektive oppfatning av situasjonen.¹⁵⁹

EU-domstolen har oppstilt to hovedvilkår som må være oppfylt for at en objektiv begrunnelse skal foreligge. For det første må det dominerende foretakets atferd begrunnes i et legitimt hensyn. For det andre må denne atferden representere et proporsjonalt virkemiddel for å ivareta det legitime hensynet, den må ikke gå lenger enn det som er nødvendig.¹⁶⁰ Har foretaket en legitim begrunnelse for lojalitetsrabatten, kan dette altså rettferdiggjøre rabatten. Men, det må foretas en konkret proporsjonalitetsvurdering i hvert enkelt tilfelle. Det er

¹⁵⁵ Norsk konkurranserett bind I (2007), s.515.

¹⁵⁶ Misbruk av dominerende stilling (2007), s. 182.

¹⁵⁷ Misbruk av dominerende stilling (2007), s.176.

¹⁵⁸ Norsk konkurranserett bind I (2007), s.373.

¹⁵⁹ Misbruk av dominerende stilling (2007), s.183.

¹⁶⁰ Norsk konkurranserett bind I (2007), s.515.

også slik at bevisbyrden snus, og det er opp til det dominerende foretaket å bevise at begge vilkårene er oppfylt.¹⁶¹

Både ved vurderingen av om en atferd fremstår som rasjonell og for proporsjonalitetsvurderingen, må det tas utgangspunkt i den informasjonen som var tilgjengelig for det dominerende foretaket på handlingstidspunktet.¹⁶² Et eksempel kan være at dersom en reduksjon i produksjonen i etterkant viste seg å være det beste alternativet, vil dette ikke være avgjørende, så lenge alternativet ikke fremsto som en mer formålstjenlig reaksjon på beslutningstidspunktet.¹⁶³

Fordi objektiv begrunnelse angår skillet mellom lovlig markedsatferd og misbruk av dominerende stilling, er det viktig å vite hvilke momenter som utgjør en slik objektiv begrunnelse. Av rettspraksis følger at læren om objektiv begrunnelse representerer en snever unntaksadgang, og at unntaket tolkes strengt.¹⁶⁴ Det følger også av rettspraksis at begrunnelsen må gjelde et økonomisk hensyn som oppstår i forbindelse med den aktuelle transaksjonen¹⁶⁵, og spørsmålet blir hvilke økonomiske hensyn som utgjør en slik legitim begrunnelse. Jeg skal nå se på ulike legitime hensyn som kan begrunne en lojalitetsrabatt, før jeg ser på hva som kreves av proporsjonalitetsvurderingen.

6.1 Effektivitetsgevinster

Det første spørsmålet er om effektivitetsgevinster kan utgjøre et legitimt hensyn, og dermed være en objektiv begrunnelse for en lojalitetsrabatt. Effektivitetsgevinster viser seg for ek-

¹⁶¹ Wish (2012), s.729.

¹⁶² Norsk konkurranserett bind I (2007), s.516.

¹⁶³ Norsk konkurranserett bind I (2007), s.516.

¹⁶⁴ O'Donoghue (2006), s.399-400

¹⁶⁵ Se sak 322/81 Michelin I [1983], premiss73. Se også sak 85/76 Hoffmann-La Roche mot Kommissjonen, premiss 90.

sempel ved lave produksjonskostnader eller lave distribusjonskostnader, som igjen gjen-speiles gjennom en lojalitetsrabatt til kunden. EU-domstolen har med sin praksis vist at dersom en atferd, herunder en lojalitetsrabatt kan begrunnes i effektivitetsgevinster som det dominerende foretaket realiserer, vil dette kunne være et legitimt formål som bringer atferden utenfor TFEU artikkel 102.¹⁶⁶

Fra praksis kan det hentes veiledning fra Michelin I.¹⁶⁷ I vurderingen la domstolen vekt på om den aktuelle lojalitetsrabatten kunne begrunnes i kostnadsbesparelser som det dominerende foretaket oppnådde i forhold til den enkelte kunde.¹⁶⁸ EU-domstolen kom til at det ikke forelå slike effektivitetsgevinster ved produksjonsplanleggingen som kunne begrunne lojalitetsrabatten, og det forelå dermed et misbruk i strid med TFEU artikkel 102.¹⁶⁹ Avgjørelsen viser derimot at slike gevinster som skyldes planlegging av produksjonen kan utgjøre en objektiv begrunnelse.

Førsteinstansrettens avgjørelse i Michelin II har flere likheter med avgjørelsen i Michelin I. Retten fant at systemet hadde lojalitetsskapende elementer, og vurderte deretter om disse kunne begrunnes i oppnådde stordriftsfordeler hos foretaket.¹⁷⁰ Av denne fremgangsmåten er det naturlig å trekke konklusjonen at til tross for at et dominerende foretak har gitt sine kunder en lojalitetsrabatt, anses den å være lovlig dersom det beror på en økonomisk begrunnet motytelse.¹⁷¹

¹⁶⁶ Norsk konkurranserett bind I (2007), s.373.

¹⁶⁷ Sak 322/81 Michelin I [1983].

¹⁶⁸ Norsk konkurranserett bind I (2007), s.374 jf sak 322/81 Michelin I [1983], premiss 73.

¹⁶⁹ Sak 322/81 Michelin I [1983], premiss 85 og 86, jf Misbruk av dominerende stilling (2007) s.211.

¹⁷⁰ Sak T-203/01 Michelin II [2003] premiss 98.

¹⁷¹ Misbruk av dominerende stilling (2007), s.211.

Saken i British Airways kan videre tjene som eksempel. Saken gjaldt lovligheten av en resultatpremieordning, med preg av å være en lojalitetsrabatt til reisebyråene som solgte billetter på vegne av British Airways.¹⁷²

Etter å ha konkludert med at rabatten hadde lojalitetsskapende virkninger, undersøkte retten om rabatten kunne rettferdiggjøres på bakgrunn av oppnådde effektivitetsgevinster eller andre økonomiske fordeler. Førsteinstansretten fant at dette ikke var tilfellet, og uttalte at

“BA's performance reward schemes cannot be regarded as constituting the consideration for efficiency gains or cost savings resulting from the sale of BA tickets after attainment of the said objectives”.¹⁷³

I Tomra-saken var ikke Tomra i stand til å bevise at det forelå effektivitetsgevinster eller annen objektiv begrunnelse som kunne begrunne det rabattsystemet de opererte med.¹⁷⁴

Førsteinstansretten uttalte i sin avgjørelse at Tomra

”could have explained what efficiency gains they thought they might make from their exclusivity agreements, quantity commitments and individualised rebate schemes. However, the applicants do not maintain before the Court that their conduct gave rise to the least discernible efficiency gain, was otherwise justified or resulted in lower prices or any other benefits for consumers”.¹⁷⁵

¹⁷² Sak T-219/99 British Airways mot Kommissjonen [2003], premiss 241 flg.

¹⁷³ Sak T-219/99 British Airways mot Kommissjonen [2003], premiss 284. Avgjørelsen ble opprettholdt av EU-domstolen, se sak C-95/04 P British Airways mot Kommissjonen [2007].

¹⁷⁴ Se sak C-549/10 P Tomra mot Kommissjonen, premiss 75 og Førsteinstansrettens avgjørelse i T-155/06 Tomra mot Kommissjonen [2010], premiss 264.

¹⁷⁵ Sak T-155/06 Tomra mot Kommissjonen, premiss 224.

Selv om det i disse avgjørelsene ikke ble ansett at det dominerende foretakets atferd berodde på en økonomisk begrunnet motytelse, er de likevel en bekreftelse på at slike effektivitetsgevinster eller kostnadsbesparelser kan være en objektiv begrunnelse for et lojalitets-skapende rabattsystem.¹⁷⁶

6.2 Motytelse for tjenesteytelser.

Rabatter kan gis hvis det eksisterer et løpende leveringsforhold mellom tilbyder og kunder, der en av partene - eller begge – i tillegg utfører tjenester for hverandre som går utenfor den vanlige leveringsplikten.¹⁷⁷ Dette kan for eksempel være at leverandøren tar på seg å plassere ut varer som distributøren kjøper i butikk, slik at distributøren ikke behøver å bruke sin egen arbeidskraft på dette, eller motsatt, at distributøren plasserer ut egne varer. Denne sparte utgiften kan godtgjøres distributøren gjennom en rabatt. Slike rabatter, som utgjør reelle motytelser for markedsføringstiltak eller andre tiltak på kundens eller distributørens hånd, skaper i utgangspunktet innen konkurranserettslige problemer. Dette selv om rabattene kan gi incentiver til kundene om å holde seg lojale mot det dominerende foretaket.¹⁷⁸ Kommisjonen har hele tiden ansett dette som å representere en objektiv begrunnelse for en rabatt, og dette synspunktet ble bekreftet av Førsteinstansretten i Irish Sugar.¹⁷⁹ Det er viktig å påpeke at dette ikke er en type effektivitetsgevinster, fordi dominerende foretakets gevinster motsvares av et tap eller en kostnad hos tjenesteyteren.¹⁸⁰

Dersom rabatten i realiteten er noe annet enn en motytelse, eller at den overstiger verdien av den ytelsen foretaket har mottatt fra kunden, vil forholdet kunne innebære et brudd på

¹⁷⁶ Misbruk av dominerende stilling (2007), s.213.

¹⁷⁷ Norsk konkurranserett bind I (2007), s.547.

¹⁷⁸ Norsk konkurranserett bind I (2007), s. 548.

¹⁷⁹ Sak T-228/97 Irish Sugar mot Kommisjonen, premiss 173. Se også Norsk konkurranserett bind I (2007), s.547.

¹⁸⁰ Misbruk av dominerende stilling (2007), s.213

artikkel 102. En ”betaling” som dette, vil kunne brukes av foretaket som et virkemiddel for å heve rabattnivået. Dersom det beløpet som gis som ”betaling” overstiger verdien av de ytelser som mottas, vil dette beløpet ha karakter av å være en ekstra rabatt som skal sikre at kundens lojalitet.¹⁸¹ For at foretakene skal kunne gi betaling for utførte tjenester, må de fastsette rabatten på en slik måte at det kan beregnes den reelle verdien av markedsføringsytelsen. Et alternativ er at betaling for utførte tjenester kan trekkes fra som kronerabatt på fakturaen, eller betalingen kan beregnes som prosentvis rabatt med utgangspunkt i omsetningen. Det er ikke i strid med artikkel 102 å utbetale en rabatt som en prosent av omsetning, det er verdien for det dominerende foretaket som er avgjørende.¹⁸²

6.3 Kontant betaling

Det er et krav om at atferden må bero på en begrunnet motytelse av økonomisk art. Dette tilsier at også andre økonomiske gevinster eller besparelser det dominerende foretaket oppnår ved transaksjonen med mottakeren av lojalitetsrabatten, kan utgjøre en relevant objektiv begrunnelse.¹⁸³ Et eksempel kan være den økonomiske gevinsten det dominerende foretaket oppnår ved at kundene betaler kontant i stedet for kredittkjøp. I litteraturen er det antatt at kontantrabatter ikke skaper lojalitetsbindinger som innebærer et misbruk av dominerende stilling i strid med TFEU artikkel 102.¹⁸⁴

6.4 Krav til proporsjonalitet

I tillegg til kravet om at atferden må begrunnes i et legitimt hensyn, er det også nødvendig å foreta en proporsjonalitetsvurdering av forholdet mellom lojalitetsrabatten og gevinsten

¹⁸¹ Norsk konkurranserett bind I (2007), s.548.

¹⁸² Norsk konkurranserett bind I (2007), s.548.

¹⁸³ Misbruk av dominerende stilling (2007), s.214.

¹⁸⁴ Misbruk av dominerende stilling (2007), s.214.

eller besparelsen.¹⁸⁵ Svaret på hva som kreves av denne proporsjonalitetsvurderingen må hentes fra rettspraksis.

Det er altså et krav til proporsjonalitet mellom mål og midler. At dette er relevant kom frem i EU-domstolens avgjørelse i United Brands:

”Even if the possibility of a counter-attack is acceptable that attack must still be proportionate to the threat taking into account the economic strength of the undertakings confronting each other”.¹⁸⁶

I proporsjonalitetsvurderingen i Michelin I sammenlignet EU-domstolen lojalitetsrabattens størrelse med den økonomiske gevinsten/besparelsen. Dette viser at man i proporsjonalitetsvurderingen skal vurdere størrelsen på rabatten opp mot bedriftens gevinst – hvis den har noen.¹⁸⁷ I den aktuelle saken berodde ikke lojalitetsrabatten på en velbegrunnet motytelse, og Domstolen fant at den innebar et misbruk av dominerende stilling.

I proporsjonalitetsvurderingen i Michelin II avviste Førsteinstansretten argumentasjonen fra Michelin om at de oppnådde store innkjøpsbesparelser.¹⁸⁸ Det ble heller ikke godtatt at kundene var berettiget til å se dette påvirke den prisen de skulle betale. Michelins argument var at

”the quantity rebates were justified by economies of scale in the areas of production costs and distribution”¹⁸⁹

¹⁸⁵ Misbruk av dominerende stilling (2007), s.214.

¹⁸⁶ Sak 27/76 United Brands mot Kommisjonen, premiss 190.

¹⁸⁷ Sak 322/81 Michelin I [1983] premiss 85 og 86 jf Kolstad (2007) s.214.

¹⁸⁸ Sak T-203/01 Michelin II [2003] premiss 108.

¹⁸⁹ Sak T-203/01 Michelin II [2003] premiss 108.

Retten mente dette argumentet var for upresist og generelt til at det kunne utgjøre en objektiv begrunnelse for rabattsystemet.¹⁹⁰ Denne avgjørelsen viser at det ikke er tilstrekkelig å vise til at rabattsystemet er gitt fordi foretaket har oppnådd kostnadsbesparelser, uten at det presiseres konkret hvilke besparelser dette gjelder.¹⁹¹ Det må kreves slike konkrete bevis, ellers ville det være vanskelig å avgjøre om kostnadsbesparelsene faktisk er reelle, eller om de kun brukes som argument for å skjule et lojalitetsskapende rabattsystem.¹⁹²

Når det gjelder saken i British Airways fant Førsteinstansretten at lojalitetsrabatten i dette tilfellet ikke kunne begrunnes i effektivitetsgevinster eller kostnadsbesparelser.¹⁹³ British Airways kunne ikke føre tilstrekkelig bevis for at gevinstene eller besparelsene de oppnådde ved salget av billetter til reisebyråene etter at disse hadde nådd de på forhånd fastsatte salgsmål, innebar en objektiv begrunnelse.¹⁹⁴ Denne avgjørelsen bekrefter at det må foretas en sammenligning av størrelsen på lojalitetsrabatten og størrelsen på den økonomiske gevinsten eller kostnadsbesparelser som det dominerende foretaket oppnår.¹⁹⁵

Av disse avgjørelsene kan vi se at det må bevises at lojalitetsrabattene kommer kundene til gode som en følge av oppnådde gevinster eller besparelser. Det er ikke tilstrekkelig at det kun kommer foretaket til gode, kundene må faktisk nyte godt av kostnadsbesparelsen eller effektivitetsgevinsten. En lojalitetsrabatt er kun berettiget dersom eventuelle gevinster

¹⁹⁰ Sak T-203/01 Michelin II [2003] premiss 109.

¹⁹¹ Misbruk av dominerende stilling (2007) s.215.

¹⁹² Misbruk av dominerende stilling (2007) s.215.

¹⁹³ T-203/01 British Airways mot Kommisjonen [2003] premiss 284.

¹⁹⁴ T-203/01 British Airways mot Kommisjonen [2003] premiss 291.

¹⁹⁵ Misbruk av dominerende stilling (2007), s.215.

overføres til kundene gjennom denne rabatten.¹⁹⁶ En effektivitetsgevinst må således være den direkte årsaken til at foretaket tilbyr lojalitetsrabatten.¹⁹⁷

I proporsjonalitetsvurderingen angående lojalitetsrabattordninger, vurderes det om lojalitetsrabatten faktisk gjenspeiler en økonomisk gevinst eller besparelse for det dominerende foretaket.¹⁹⁸ Ved sammenligningen av ytelsen og motytelsen legges det altså ikke vekt på virkningen av rabattsystemet i markedet. Det stilles heller ikke spørsmål om lojalitetsrabatten er nødvendig.¹⁹⁹

At rabattordningens virkninger ikke er et moment i proporsjonalitetsvurderingen, innebærer at vurderingen er en retsteknisk forenkling.²⁰⁰ Dette er en fordel for dominerende foretak ved at de lettere kan vurdere og forutberegne sin rettstilling når de utformer rabattprogrammer. De må for eksempel passe på at en lojalitetsrabatt uttrykkelig gjenspeiler de kostnadsbesparelser foretaket har hatt.²⁰¹ En slik aveining er enklere å foreta enn å skulle vurdere positive og negative virkninger opp mot hverandre, for eksempel om de negative skadevirkningene oppveies av de positive virkningene på markedet. Likevel, det er også noen ulemper knyttet til denne fremgangsmåten. For det første vil en slik fremgangsmåte også kunne ramme lojalitetsrabatter som ikke har en negativ virkning på markedet. For det andre kan en lojalitetsrabatt som tydelig gjenspeiler en kostnadsbesparelse anses som lovlig, til tross for at den kan skape alvorlige negative konsekvenser for konkurransen.²⁰²

¹⁹⁶ Misbruk av dominerende stilling (2007), s.215 og 216.

¹⁹⁷ Norsk konkurranserett bind I (2007), s.375-376.

¹⁹⁸ Misbruk av dominerende stilling (2007), s.216.

¹⁹⁹ Misbruk av dominerende stilling (2007), s.216.

²⁰⁰ Misbruk av dominerende stilling (2007), s.216

²⁰¹ Misbruk av dominerende stilling (2007), s.216.

²⁰² Misbruk av dominerende stilling (2007), s.216.

Objektiv begrunnelse kan altså rettferdiggjøre en ellers ulovlig lojalitetsrabatt, men som det fremkommer av punktene over, stilles det strenge krav og uttrykkelige bevis for at en lojalitetsrabatt skal aksepteres på grunn av en objektiv begrunnelse. Lojalitetsrabatten må kunne begrunnes i et legitimt hensyn, og det kreves en konkret proporsjonalitetsvurdering mellom mål og midler i hvert enkelt tilfelle. Som fremstillingen viser, er objektiv begrunnelse et snevert unntak.²⁰³

7 Avslutning

I denne oppgaven har jeg gitt en fremstilling av lojalitetsrabatter. Jeg har gått nærmere inn på hva som kreves for at en lojalitetsrabatt anses å innebære et misbruk av dominerende stilling i strid med TFEU artikkel 102.

Hovedspørsmålet var om det kreves at det påvises at en rabatt som virker lojalitetsskapende, også har negativ virkning på markedet for at den regnes som misbruk av dominerende stilling i strid med TFEU artikkel 102. Domstolenes skiftende, og til tider uklare holdning til lojalitetsrabatter, har ført til at misbruksvurderingen har vært i stadig utvikling. Fremstillingen viser at domstolene har gått fra å ha en virkningsorientert analyse, til en strengere vurdering. Praksis viser at de nå karakteriserer rabattene som ulovlige på bakgrunn av om de skaper lojalitetsbindinger. Når domstolen kommer til at en rabatt er lojalitetsskapende, presumerer den at rabatten vil, eller er egnet til å ha konkurransebegrensende effekt på markedet. Svaret på spørsmålet er derfor at det etter dagens praksis ikke er nødvendig for domstolene å faktisk påvise rabattens negative virkninger på markedet.

Den tilnærmingen til rabattprogrammer som EU-domstolen og Førsteinstansretten har vist de senere årene, ser altså bort fra rabattenes faktiske virkning på markedet. Denne fremgangsmåten ignorerer også de konkurransefremmende virkningene lojalitetsrabatter faktisk

²⁰³ Norsk konkurranserett bind I (2007), s.373.

kan ha. De konkurransefremmende virkninger lojalitetsrabattene kan ha på markedet, kan være med på å forklare hvorfor så mange foretak faktisk bruker lojalitetsrabatter i sin prispolitikk. Ingen av sakene har tatt til ordet for en økonomisk virkningsvurdering av rabattene, som for eksempel Kommisjonen har foreslått i sine retningslinjer, og som har vært fremmet av flere økonomer.

Med avgjørelsen i Tomra i 2012, tok EU-domstolen foreløpig siste viktige skritt i retning av å hentyde at det faktisk har skjedd en retningsendring i vurderingen av lojalitetsrabatter. Ved å karakterisere retroaktive rabatter som ulovlig nettopp fordi de var retroaktive, har EU-domstolen gått bort fra den mer formelle og virkningsorienterte fremgangsmåten vi så i de tidligste sakene. Dersom EU-domstolen velger å fortsette i samme spor, vil det i fremtiden være vanskelig for dominerende foretak å argumentere for at en rabatt med lojalitets-skapende virkninger ikke er i strid med TFEU artikkel 102. Det dominerende foretaket må i slike tilfeller kunne føre tilstrekkelig bevis for at det foreligger en objektiv begrunnelse for bruken av lojalitetsrabatten.

8 Litteraturliste

EU-lovgivning:

TFEU Treaty on the Functioning of the European Union, Lisboa-traktaten av 2009.

EØS-avtalen Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 27.november 1992 nr. 109, (EØS-avtalen).

Norske lover:

Konkurranseloven Lov 5.mars 2004 nr.12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (krll).

Norske forarbeider:

Ot.prp nr 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger,(konkurranseloven).
B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv.(EØS-konkurranseloven).

Litteratur:

O'Donoghue (2006) O'Donoghue, Robert and Padilla, Jorge. The law and Economics of article 82 EC, Hart publishing 2006.

Norsk Konkurranserett

Bind I (2007) Kolstad, Olav ... [et al.] Norsk Konkurranserett Bind I, Atferdsregler og strukturkontroll, (Universitetsforlaget) 2007.

Misbruk av

dominerende stilling (2007) Misbruk av dominerende stilling – studier i konkurranserett. Redigert av Kolstad, Olav. Universitetsforlaget 2007.

Bellamy & Child (2008) Bellamy, Christopher and Child, Graham. European Community Law of Competition. Sixth Edition. Edited by Peter Roth and Vivian Rose (Oxford University Press) 2008.

Jones (2011) Jones, Allison and Sufrin, Brenda. EU Competition Law Fourth edition 2011.

Wish (2012) Wish, Richard and Bailey, David. Competition Law Seventh edition (Oxford University Press) 2012.

Rettspraksis:

EU-domstolen

Forente saker 40/73 etc. Suiker Unie v. Commission [1975] ECR 1663.

Sak 27/76 United Brands Company v. Commission [1978] ECR 00207

Sak 85/76 Hoffmann-La Roche v. Commission [1979] ECR 461.

Sak 322/81 Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v. Commission, (Michelin I) [1983] ECR 3461.

Sak C-393/92 Almelo v. Commission [1994] ECR I-1497.

Sak C-310/93 P BPB Industries plc and British Gypsum Ltd. v. Commission [1995] ECR I-00865.

Sak C-163/99 Portugal v. Commission (Portugisiske Flyplasser) [2001] ECR I-2613.

Sak C-497/99 P Irish Sugar plc v. Commission [2001] ECR I-05333

Sak C-95/04 P British Airways v. Commission [2007] ECR 2331.

Sak C-549/10 P Tomra and others v. Commission [2012].

Førsteinstansretten

T-65/89 BPB Industries plc and British Gypsum Ltd. v. Commission
[1993] ECR II-00389

T-228/97 Irish Sugar plc. v. Commission [1999] ECR II-2969.

T-203/01 Manufacture française des pneumatiques Michelin v. Com-
mission (Michelin II) [2003] ECR II-4071.

T-219/99 British Airways v. Commission [2003] ECR II-5917.

T-155/06 Tomra Systems ASA and Others v. European Commission
[2010] ECR II-04361

Kommisjonen

Coca Cola Kommisjonens XiXth Report on Competition Policy
(1989). Vedtak.

[2000] OJ L30/1 4 CMLR 999 Virgin/British Airways.

[2000] OJ L143/1 5 CMLR 388 Michelin II.

Høyesterett

Tine BA Rt.2011 s.910.

Forvaltningspraksis

Vedtak V2007-2 TINE BA.

Kommisjonens retningslinjer og andre uttalelser

Diskusjonsnotatet	DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (2005).
Veiledningen	Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2008).
Mischos (2000)	OPINION OF ADVOCATE GENERAL MISCHO delivered on 19 October 2000.
Kokott (2006)	OPINION OF ADVOCATE GENERAL KOKOTT delivered on 23 February 2006.
Mazàk (2012)	OPINION OF ADVOCATE GENERAL MAZÀK, delivered on 2 February 2012.

Artikler og tidsskrifter:

L.Kjølbe (2010)	L. Kjølbe, "Rebates Under Article 82EC: Navigating Uncertain Waters" [2010] ECLR 66.
-----------------	--